

L'ÉCOLE DE VIENNE ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DES GENS

par

Georges MAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 17 Décembre 1938

MEMBRES DU JURY

Président de thèse : **M. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE**

Assesseurs : **MM. LE FUR et J. BARTHELEMY**

PARIS — 5^e

LIBRAIRIE TECHNIQUE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1938

L'ÉCOLE DE VIENNE
ET LE DEVELOPPEMENT DU DROIT DES GENS



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554627_0013

L'ÉCOLE DE VIENNE ET LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT DES GENS

par

Georges MAN

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
présentée et soutenue le 17 Décembre 1938

MEMBRES DU JURY

Président de thèse : **M. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE**

Assesseurs : **MM. LE FUR et J. BARTHELEMY**

PARIS — 5^e
LIBRAIRIE TECHNIQUE ET ÉCONOMIQUE
3, Rue Soufflot, 3

1938

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



En souvenir de mon père.

A ma mère.

INTRODUCTION

« Le droit est une règle de vie », dit M. de Lapradelle. En effet, tout droit a comme but de réglementer les différents rapports qui naissent entre les hommes. Ces rapports sont nécessaires, ils ne peuvent pas ne pas exister. Nous savons déjà depuis Aristote que les hommes ne peuvent pas vivre isolés et qu'ils doivent communiquer entre eux. Mais les relations qui s'établissent entre les hommes ne restent pas confinées à l'intérieur d'un territoire déterminé. Elles débordent et mettent en rapport les hommes du monde entier. C'est Vitoria qui nous a appris que les Etats ne peuvent pas se suffire à eux-mêmes et que par ce fait ils sont contraints à la vie commune.

Le droit qui réglemente la vie internationale est le droit des gens. Il a une mission bien plus difficile que le droit interne dont la fin est de régler les rapports qui surgissent entre les hommes appartenant au même Etat. Il est infiniment plus facile de faire régner l'ordre et la justice entre quelques millions d'hommes que dans le monde entier. C'est une des raisons principales, croyons-nous, pour laquelle le droit des gens n'est pas encore arrivé au degré de perfectionnement propre aux droits étatiques.

Que le droit des gens n'ait pas atteint le niveau de perfection du droit interne n'aurait pas tellement d'importance si les conséquences n'en étaient pas aussi funestes. Si le droit interne est violé, la suite est moins grave que si l'on méconnaît l'existence du droit des gens : c'est la paix quelquefois mondiale qui doit en souffrir. Aussi on donne très souvent au droit des gens le nom de droit de la paix. Pour que la paix existe, il faut se soumettre au

droit des gens. C'est le droit de la paix, le droit qui pourrait dominer les Etats que l'Ecole du droit naturel aurait voulu établir. Au cours du XIX^e siècle, le positivisme, proclamant la souveraineté absolue des Etats, a donné au droit des gens une autre direction. A vrai dire, une conception positiviste absolue signifie même la négation du droit des gens : la souveraineté absolue des Etats étant incompatible avec le droit des gens qui, pour remplir sa mission, doit pouvoir dominer les Etats. Seulement ainsi compris, le droit des gens a une raison d'être.

Cette idée est déjà tellement répandue que l'Ecole de Vienne, bien que se réclamant d'être strictement positiviste, proclame la primauté du droit des gens. Dans cette doctrine, le droit étatique reste soumis au droit des gens, conformément aux idées de l'Ecole du droit naturel.

Le courant d'idées représenté par l'Ecole viennoise est relativement nouveau. Kelsen ne fait paraître son premier livre qu'en 1904.

Pour résoudre les problèmes qui se posent par rapport au droit des gens, Kelsen commence par réformer la science et la conception qu'on doit avoir du droit en général. Il tient largement compte de la philosophie, car tout son système est basé sur la philosophie de Kant et sur celle de l'Ecole néo-kantienne.

Le droit international est une des pièces maîtresses de son édifice juridique unique et universel, érigé sur ces nouvelles bases. Il sera indispensable de parler d'abord de sa théorie générale du droit — mais seulement dans la mesure où notre sujet l'exigera — pour pouvoir comprendre ce qu'est le droit des gens dans la doctrine de Kelsen.

Les idées de Kelsen ont été reprises par plusieurs auteurs, qui ont apporté quelques modifications à sa doctrine. Ce sont ces auteurs qui forment ce qu'on appelle aujourd'hui l'Ecole de Vienne, dont le maître est Kelsen.

Pour le développement de notre sujet, nous nous proposons de suivre le plan suivant :

Nous commencerons par faire, dans le premier titre, un exposé de l'histoire de la science du droit des gens, pour connaître les Ecoles les plus importantes qui ont précédé l'Ecole de Vienne.

L'objet du deuxième titre sera la base philosophique de l'Ecole viennoise.

Dans le troisième titre nous traiterons de la doctrine de Kelsen.

Le quatrième titre sera consacré aux élèves de Kelsen, et pour finir, dans un ultime titre, nous ferons nos observations critiques qui seront suivies de la conclusion.

TITRE I

HISTORIQUE

Considérations générales sur le développement du droit des gens

CHAPITRE PREMIER

But et limite de la partie historique

Avant de donner cet aperçu général sur le développement du droit des gens, il ne nous paraît pas inutile d'en montrer le but et de déterminer de plus près ce qui formera l'objet de cette partie historique.

La raison d'être, ou si l'on veut le but, de ces considérations est déterminée par le titre même de cet ouvrage. Etant donné que nous devons parler de l'Ecole de Vienne en liaison avec le développement du droit des gens, il est indispensable de la mettre en rapport avec le passé. Mais il y a encore autre chose. Quand il s'agit d'une école moderne, dans quelque domaine que ce soit, philosophie, droit ou autre, elle est toujours en fonction d'autres écoles qui l'ont précédée et où elle puise ses idées, soit pour les mieux développer, soit pour les combattre. Nous allons voir que

L'Ecole de Vienne, dans ses traits tout à fait généraux, peut être considérée comme étant la synthèse de l'Ecole du droit naturel et de l'Ecole du droit positif.

Pour bien comprendre la doctrine de l'Ecole de Vienne et pouvoir la mettre en rapport avec le développement du droit des gens, ainsi que pour fixer les éléments nouveaux qu'elle apporte dans la science du droit des gens, il est nécessaire de connaître le passé.

En ce qui concerne l'objet de cette partie historique, il doit être limité, car ce serait dépasser le cadre de cet ouvrage que de s'étendre sur l'histoire du droit des gens dans toute sa complexité.

L'histoire du droit des gens renferme en soi deux éléments ou parties si l'on veut : l'histoire de la pratique entre les Etats et l'histoire de la théorie du droit des gens.

L'histoire de la pratique entre les Etats comprend l'histoire des normes, des règles qui se sont formées par la pratique dans les différents rapports entre les Etats. C'est l'histoire de la formation et de la disparition de différents Etats, de leur entrée dans la communauté internationale, l'histoire des traités, des guerres, etc.

La deuxième partie, c'est l'histoire de la théorie de la science du droit des gens. Les auteurs qui s'occupaient du droit des gens ne se contentaient pas de commenter purement et simplement les règles qui se sont formées entre les Etats. Le plus souvent ils ajoutaient à ces commentaires leurs opinions personnelles en leur donnant une base philosophique. Tout en expliquant et en justifiant l'existence des différentes règles, ils se sont éloignés parfois de la réalité, en allant au delà du droit existant et en créant plutôt un droit des gens qui devrait exister.

L'histoire de la pratique entre les Etats est en général étroitement liée à l'histoire et c'est pourquoi la pensée juridique est souvent très difficile à distinguer en raison des éléments politiques et économiques qui s'y trouvent mêlés. Par contre, dans l'histoire de la science du droit des gens, l'élément droit prédomine.

Il va de soi que ces deux parties de l'histoire du droit des gens ne sauraient être complètement séparées l'une de l'autre, mais se trouvent en étroit rapport et exercent une influence réciproque. Très souvent, c'est la théorie qui détermine une certaine pratique; d'autre part, la théorie ne doit pas trop s'éloigner de la réalité, sinon elle perd sa raison d'être.

Il en résulte que pour bien connaître l'histoire du droit des gens, il faudrait exposer et la pratique étatique et les théories qui se sont formées. Tel n'est pas notre but. Nous nous bornerons à exposer brièvement l'histoire de la littérature, c'est-à-dire de la science du droit des gens, à montrer quelles ont été les différentes écoles qui se sont succédées à travers les siècles, pour pouvoir passer ensuite à l'étude de l'Ecole de Vienne.

CHAPITRE II

L'Antiquité

Sur la question « de l'existence d'un droit international dans l'antiquité, deux opinions absolument opposées, contradictoires, divisent les meilleurs esprits » (1). D'après les uns, le droit international existe depuis la plus haute antiquité; d'après les autres il ne peut pas être question à cette époque d'un droit des gens tel que nous le concevons aujourd'hui.

Parmi les premiers sont cités par *M. le Fur* (2) le baron Korff et *M. Redslob*. Nous y ajouterions encore *M. Nippold* (3). D'après ces auteurs, l'existence du droit des gens remonterait même à quarante siècles avant Jésus-Christ. On trouve déjà bien avant les Grecs, dans les fouilles pratiquées en Egypte, dans les papyrus, dans les tables des Babyloniens et des Assyriens, un système de droit international assez développé. La Chine aussi aurait connu « certaines des institutions les plus perfectionnées du droit international actuel, comme l'arbitrage et le fédéralisme » (4). Il en résulte que ce ne serait pas le mérite de la civilisation actuelle d'avoir créé le droit des gens, mais chaque civilisation aurait possédé des systèmes d'institutions de ce genre puisqu'elles sont le produit nécessaire de la vie sociale (5).

D'un avis contraire sont *Leseur*, *Wheaton*, *von Liszt*, *Lawrence*, *Jardé* et beaucoup d'autres. D'après ces auteurs, il ne pouvait y avoir de droit international dans l'antiquité parce que les faits et

(1) *LE FUR*, *La théorie du droit naturel*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1927, T 18, p. 272.

(2) Cf. *id. op. cit.*, p. 272.

(3) *NIPPOLD*, *Le développement historique du droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1924, T. 2, p. 5.

(4) *LE FUR*, *op. cit.*, p. 273.

(5) Cf. *NIPPOLD*, *op. cit.*, p. 7 et 8.

les doctrines des anciens en démentent l'existence. Des guerres interminables caractérisent cette époque et si de notre temps il y en a encore, elles ne constituent pas la règle. Le respect de la parole donnée n'existait pas, car il était licite et juste de tromper l'ennemi. Dans la paix, les traités n'étaient pas respectés dès qu'un Etat n'y avait plus d'intérêt.

Le droit international ne pouvait pas se former à ce moment-là car il lui manquait les bases sur lesquelles il repose aujourd'hui : l'égalité des Etats et un minimum de loi commune qui ne pourra être modifié à leur gré (1).

Y a-t-il ou n'y a-t-il pas eu de droit international dans l'antiquité ? M. Le Fur répond par une solution intermédiaire, dans laquelle il y a lieu de faire une distinction : entre les peuples voisins, de même race, même langue et même religion, il y avait un droit international se rapprochant à beaucoup d'égards du nôtre, mais entre les peuples qui n'avaient rien de commun entre eux il n'y avait pas de droit international au sens actuel du mot, car les conditions énoncées plus haut faisaient défaut (2).

Le fait que la question est tellement controversée nous montre que, même s'il y avait des règles de droit international, il ne pouvait être question de tout un système tel que nous l'avons aujourd'hui. En conséquence, il n'y avait pas d'auteurs ayant traité dans leur ensemble des questions internationales. On trouve seulement çà et là, dans les ouvrages des historiens, philosophes ou juristes, quelques lignes se rapportant au droit des gens (3).

(1) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 274.

(2) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 278.

(3) Cf. CHAUVIN, *Le droit des gens*, p. 125.

CHAPITRE III

Le Moyen-Age

Pour suivre le développement de la théorie du droit des gens, les auteurs (1) distinguent d'habitude au Moyen-Age deux périodes : l'une allant du V^e au XV^e siècle, nommée le Moyen-Age proprement dit, tandis que l'autre la suit et dure jusqu'au XVI^e siècle. Cette dernière forme la période de transition entre le Moyen-Age et l'époque moderne.

Cette distinction est commandée par les faits qui ont déterminé les caractères que le droit des gens a revêtu à cette époque : dans la première période, où la religion domine les relations entre les hommes et les groupements politiques, le droit des gens accuse un caractère religieux. Par contre, dans la deuxième période, quand le lien religieux devient moins serré, la laïcisation du droit des gens commence à s'effectuer.

SECTION I. — PREMIÈRE PÉRIODE

Le christianisme ne fait pas de distinction entre les hommes qui tous sont égaux, appelés à remplir une fonction. L'homme devient une fin, il a des droits, mais aussi des obligations. La religion est alors un lien entre tous les hommes du monde civilisé.

La religion ne lie pas seulement les hommes en tant qu'individualités, mais elle établit aussi un rapport de communauté entre les groupes politiques de religion catholique. Ces groupes « nous apparaissent comme les membres d'une vaste société religieuse, dont le réseau s'étend sur toute l'Europe Occidentale » (2). A la

(1) E. LESEUR, *LANGE*.

(2) E. LESEUR, *Introduction à un cours de droit international public*, p. 73.

tête de cette société religieuse, de cette confédération théocratique se trouve le Pape qui intervient plus d'une fois pour régler à l'amiable les différends qui surgissent entre les membres de cette communauté. Le Moyen-Age pratique très souvent l'arbitrage confié au Pape ou à un souverain possédant une grande réputation de justice, comme c'était le cas de Saint Louis (1).

Il est naturel qu'à une époque où la religion présente une telle importance, le droit des gens ait aussi un caractère religieux. C'est alors qu'on « voit se former... l'école canonico-internationaliste, se dessiner une théorie canonique du droit de la guerre » (2). Cette phrase reflète parfaitement ce que le droit international a été à cette époque : il a été un droit de la guerre (3), et les auteurs examinent les questions qui sont en rapport avec elle. C'est ainsi que *Saint Thomas* précise les règles d'une guerre juste. *Honoré Bonet* et *Bartole* traitent à leur tour des usages de la guerre et des représailles.

Une autre caractéristique du droit des gens de cette époque est qu'il est confondu avec le droit naturel et la distinction nette et définitive ne sera pas faite même par les théologiens (4).

C'est le christianisme avec son unité du genre humain et la religion catholique avec son idée de confédération théocratique qui ont joué un rôle de la plus grande importance dans la formation de la science du droit des gens. Il suffira que plus tard on la débarrasse de ce caractère religieux pour établir sur des bases scientifiques la notion du droit des gens. Ce travail de laïcisation commence à l'époque de transition.

(1) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 289.

(2) LESSEUR, *op. cit.*, p. 74.

(3) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 289.

(4) Cf. id. *op. cit.*, p. 292.

SECTION II. — DEUXIÈME PÉRIODE

Durant cette période, de transition, ce sont encore les faits qui ont déterminé un changement ou plutôt un commencement de transformation de la science du droit des gens. Ici se placent les grands événements qui ouvrent l'ère moderne : les découvertes géographiques, la Renaissance et la Réforme religieuse.

L'organisation politique de l'Europe a complètement changé. A la place des fiefs du régime féodal se trouve l'Etat souverain devenu une individualité ayant à sa tête un prince. D'autre part, l'unité de la religion catholique étant rompue, le lien, qui unissait les peuples dans la confédération théocratique n'existe plus, et l'Etat nouveau s'insurge contre l'Eglise universelle.

L'idée d'une unité chrétienne ne peut plus servir de base au droit des gens car la Réforme a fait disparaître la domination religieuse de Rome et a laïcisé l'Etat. Pour écarter l'anarchie internationale, il a fallu trouver un autre principe, il a fallu établir le droit des gens sur d'autres bases que celles de la religion. Cette libération du droit des gens de la théologie et sa constitution en une science autonome ont été commencées par trois auteurs, précurseurs de Grotius : Vitoria, Suarez et Gentilis (1).

Vitoria. — Parmi les précurseurs de Grotius, c'est Vitoria qui est le plus marquant. Chez lui on trouve des idées tout à fait modernes qui plus tard ont été reprises par Grotius et dont s'inspirent de nombreux auteurs récents. M. de Lapradelle le considère comme le plus grand esprit qui se soit occupé des questions de droit des gens.

Pour Vitoria, fait remarquer M. de Lapradelle (2), le droit des

(1) Cf. LANGE, *L'histoire de l'Internationalisme*, p. 232 et suiv.

(2) Cf. DE LAPRADELLE, *Cours de Droit international public*, 1934-35.

gens est un droit des hommes et non pas un droit des Etats entre eux. C'est donc Vitoria qui a employé pour la première fois le mot « jus inter gentes », ce qui correspond exactement à la conception qu'il a du monde. Le monde n'est pas habité par des nations indépendantes mais, au contraire, les hommes doivent entrer en communication entre eux et vivre dans une étroite interdépendance. Cette société naturalis formera le fondement de la théorie du droit naturel. On trouve donc chez Vitoria « ...l'idée moderne d'une organisation juridique embrassant l'humanité tout entière et dont les membres auraient tous les mêmes droits et les mêmes devoirs » (1). Les principes suprêmes du droit des gens, d'après Vitoria, sont l'égalité et le fait de rendre possible la communication pacifique entre les hommes (2).

Ce droit des gens est un droit extérieur par rapport à l'Etat. L'Etat par conséquent « n'est pas le maître du droit... » (3). Le fondement du droit des gens chez Vitoria est essentiellement humain et il se trouve dans l'ensemble des nécessités sociales inhérentes à l'existence de l'homme sur la terre (4).

Cette conception résulte du fait que Vitoria et, comme nous allons le voir, Suarez également, appliquent à l'Etat la théorie d'Aristote qui a comme objet unique l'homme. De même que ce dernier enseignait que les hommes par leur nature entrent en communication les uns avec les autres, Vitoria et Suarez disent que les Etats ne peuvent se suffire à eux-mêmes et sont contraints par leur nature à la communication avec les autres Etats (5).

Vitoria a servi l'évolution du droit des gens par son idée très nette de l'unité du monde tout entier, par le droit des gens conçu

(1) BARTHÉLEMY, Vitoria dans *Les Fondateurs du Droit des Gens*, p. 8.

(2) Cf. HEYDTE, *Franciscus de Vitoria und sein Völkerrechts*, *Zeitschrift für öffentliches Recht* (dans la suite simplement *Z. f. ö. R.*) T. XIII, p. 256.

(3) Cf. DE LAPRADELLE, *op. cit.*

(4) Cf. DE LAPRADELLE, *op. cit.*

(5) Cf. VERDROSS, *Völkerrecht*, p. 2.

comme un droit super-étatique et en contribuant dans une certaine mesure à sa laïcisation.

Suarez. — Les idées de Vitoria furent reprises et continuées en partie par Suarez. Les Etats ne peuvent pas vivre isolés, mais ils doivent entrer en rapport les uns avec les autres. Or, pour régler cette vie commune, la nécessité d'une loi internationale s'impose.

Le lien qui existe entre les différentes nations c'est l'homme. D'après Suarez, l'homme n'entre pas en rapport avec les autres hommes en vertu du droit de communication, mais du fait de la charité et de l'amour mutuels qu'ils doivent se témoigner réciproquement. A l'encontre de Vitoria, le lien est chez lui moral, mais on discerne aussi des considérations économiques. Ces rapports entre nations et entre les hommes étant nécessaires, le droit qui va les régler est un droit de nécessité et voilà l'élément naturel dans le droit des gens de Suarez. Chez Suarez se trouve également l'élément volonté, mais pas trop manifesté comme le fait remarquer M. de Lapradelle (1). Comment cette volonté est-elle estompée ? Comment le droit des gens positif a-t-il sa base dans le droit naturel ? Le droit des gens positif qui est obligatoire pour toutes les nations est né du consentement volontaire des Etats. Mais ce consentement des nations, cette manifestation de volonté ne se sont pas produits au même moment et d'une façon expresse. Il s'agit d'un consentement tacite, implicite, qui résulte spontanément de la nature humaine (2). Toujours est-il que l'idée de ce double fondement, nécessité (l'élément naturel) et volonté (l'élément positif) s'y trouvent en germe et seront repris par Grotius et deviendront d'une importance capitale pour le développement ultérieur du droit des gens.

(1) Cf. DE LAPRADELLE, *op. cit.*

(2) Cf. SCHUSTER, *Was versteht Franz Suarez unter Jus gentium?* Z. f. ö. R., T. XVI, p. 490 et suiv.

Gentilis n'est pas théologien comme l'étaient Vitoria et Suarez. Il est jurisconsulte et historien. Puisque pour lui le droit des gens est basé sur la coutume, l'étude des précédents historiques a une importance de premier ordre. C'est pourquoi on le considère comme le précurseur de la théorie du droit positif. Et pourtant « il ne voit dans ce droit (droit international) que les rapports... qui ne doivent pas découler d'une source autre que la nature humaine » (1). Entre les deux éléments, naturel et historique, c'est ce dernier qui l'emporte.

Sa méthode se distingue de celle de ses contemporains. Dans l'exposé de sa doctrine, le passé tient une large place, car pour lui le droit est le résultat d'un long accord entre les peuples qui prend naissance par l'usage et qu'on peut connaître seulement par l'histoire. *Gentilis* ne se contente pas, comme ses contemporains, d'un exposé *a priori* des règles du droit déduites de la raison naturelle et de la sociabilité des peuples constitués dans une communauté (2), mais ses conclusions se basent sur des faits historiques.

Gentilis, comme Vitoria et Suarez, a contribué à l'émancipation du droit des gens de la tutelle de la théologie et a exercé une grande influence sur Grotius (3).

Pendant la période du Moyen-Age proprement dit, l'unité du genre humain se réalisait sur une base religieuse. Par contre, dans cette période de transition entre le Moyen-Age et l'ère moderne, on tâche de remplacer ce lien religieux par un lien qui découle de la *naturalis ratio* et on voit les origines de cette unité dans des sources laïques, comme la raison et la pratique des nations. Ainsi, d'après Vitoria et Suarez, le monde est une unité car les hommes doivent entrer en communication soit pour des raisons économiques, soit pour des raisons morales, mais toujours parce que cela

(1) NÉZARD, *Gentilis* dans *Les Fondateurs du Droit international*, p. 38.

(2) Cf. NÉZARD, *op. cit.*, p. 85

(3) Cf. LANGE, *op. cit.*, p. 255.

découle de la *naturalis ratio*. Chez Gentilis, c'est l'usage qui s'établit entre les nations qui acquiert de l'importance. Grotius a fait la synthèse de ces deux éléments, naturel et positif, mais donne plus d'importance au premier.

CHAPITRE IV

L'Epoque moderne

SECTION I. — GROTIUS

Il a fallu venir jusqu'à cette époque pour trouver dans la science du droit des gens un ouvrage d'ensemble ; son étude présente jusqu'à maintenant un caractère fragmentaire, portant sur différents phénomènes internationaux, surtout sur la guerre, sans qu'on puisse y trouver ce caractère d'unité qu'il va montrer dorénavant.

Grotius est présenté très souvent comme un novateur, ce qui est une erreur (1). On lui attribue aussi la qualité de fondateur du droit des gens, et cela « par une simplification excessive » comme le fait remarquer M. Basdevant (2). Nys dit qu'il « faut se garder de dater le droit des gens de Grotius. Sans doute, la publication de son livre *De jure belli ac pacis* fait époque en histoire... Mais avant lui, le sujet avait été traité, souvent de manière fragmentaire, il est vrai, mais toujours avec un talent incontestable, avec une vigueur indéniable et presque généralement avec un amour de l'humanité qui n'anima point quelques-uns de ses successeurs » (3).

Il est incontestable que Grotius occupe une des premières places parmi les « fondateurs » du droit des gens et qu'après lui la science du droit des gens s'est divisée en deux courants, le courant du droit naturel et celui du droit positif.

Grotius, dans ses œuvres, a largement profité de ses prédéces-

(1) Cf. LE FUR, *La Théorie du Droit naturel, Recueil des Cours de l'Académie*, 1927, T. 18, p. 322.

(2) BASDEVANT, Grotius dans *Les Fondateurs du Droit international*, p. 125.

(3) NYS, *Les Origines du Droit international*, p. IV.

seurs, de telle sorte qu'il n'a pas « tiré de son cerveau un droit international tout battant neuf » (1). Cependant, il n'a pas accompli une simple œuvre de compilation, mais il s'est approprié tout ce qu'il a tiré de ses prédécesseurs en donnant à leurs solutions une forme nouvelle en les renfermant dans un système propre (2). Ce n'est donc pas le fond qui est nouveau chez lui, mais c'est la façon de traiter les questions ; elle est moins abstraite que chez ses prédécesseurs et à la fois plus claire et mieux ordonnée.

Comme Suarez, Grotius distingue un droit naturel et un droit volontaire. Le droit naturel doit primer toute espèce de droit. Sa source se trouve dans la raison, dans la sociabilité du genre humain, en bref, dans la nature. Par contre, le droit volontaire est basé sur la volonté des Etats et se trouve en infériorité par rapport au droit naturel. On trouve donc chez Grotius cette idée moderne qui ne peut être niée, que dans une étude sur le fondement du droit des gens, comme de tout autre droit, il faut tenir compte de ce double élément, naturel et positif (3).

Un autre mérite, attribué à lui par M. Le Fur, est d'avoir lutté « au nom d'une justice supérieure et du droit naturel », contre les abus de la doctrine de la souveraineté de l'Etat. Son mérite est d'autant plus grand, qu'à son époque cette doctrine a été une doctrine en croissance (4).

Parmi les précurseurs de Grotius, Vitoria et Suarez ont donné une très grande importance à l'élément naturel du droit des gens, sans ignorer l'existence d'un élément positif, tandis que chez Gentilis c'est l'histoire qui est au premier plan. On peut dire que Grotius a suivi l'exemple de Vitoria et Suarez en faisant la distinction dans le droit des gens d'un double élément, naturel et positif, qui « doit être considéré comme la base à la fois irrem-

(1) LE FUR, *op. cit.*, p. 322.

(2) Cf. BASDEVANT, *op. cit.*, p. 265

(3) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 324.

(4) Cf. *Id.*, *op. cit.*, p. 322, etc.

plaçable et inébranlable de toute théorie sur le fondement du droit » (1). Grotius a su aussi garder la juste mesure dans l'importance accordée à ces deux éléments, tandis que ceux qui l'ont suivi sont tombés dans une exagération dans un sens ou dans l'autre (2).

Après Grotius, la science du droit des gens se divise en deux grands courants : la *théorie du droit naturel* qui ne voit dans la science du droit des gens qu'une spéculation abstraite et considère le droit des gens comme une application de la loi naturelle aux rapports entre les Etats, et la *théorie du droit positif* qui n'a en vue entre les deux éléments du droit des gens que l'élément positif.

SECTION II. — LA THÉORIE DU DROIT NATUREL

La théorie du droit naturel moderne a ses origines dans le système philosophique de Hobbes. En écartant la théorie sociale d'Aristote qui, on le sait, a enseigné que l'homme d'après sa nature est porté à communiquer avec les autres, Hobbes distingue dans le monde humain un état social et un état naturel. Dans ce dernier règne le « *bellum omnium contre omnes* » et les normes qui règlent la conduite des hommes sont celles qui découlent de la raison. Mais ces règles ne sont que des règles morales et ne sont sanctionnées que par la conscience. La contrainte extérieure n'existe que dans la société, où leur respect est imposé par l'Etat.

Le droit des gens pour Hobbes est un droit naturel, celui qui découle de la raison (3). « Le droit naturel, dit Hobbes, se divise en une loi naturelle obligatoire pour les seuls hommes comme individus et une loi naturelle obligatoire pour les Etats comme personnes morales ou collectives, comme unités. Les principes

(1) LE FÉLIX, *op. cit.*, p. 324.

(2) Cf. *Id.*, *op. cit.*, p. 324.

(3) Cf. WERDROSS, *Völkerrecht*, p. 31 et suiv.

pour ces lois sont identiques ; mais puisque les Etats, une fois fondés, acquièrent les qualités personnelles propres aux hommes, la loi qu'on appelle loi naturelle lorsqu'il s'agit simplement d'obligations humaines, s'appelle droit des gens lorsqu'on l'applique à l'Etat ou au peuple considéré comme unité. » (1). Il en résulte que le droit des gens, pour Hobbes, n'est autre chose que la loi naturelle appliquée aux relations entre Etats. Hobbes n'a fait que développer une idée qui se trouvait déjà chez Grotius.

Les idées de Hobbes furent reprises et développées par Pufendorf, qui est considéré comme le chef de l'Ecole du droit de la nature.

Pufendorf admet aussi la distinction faite par Hobbes entre l'état naturel et l'état social des hommes. Il combat également la théorie sociale d'Aristote, mais il en est plus près que Hobbes car, contrairement à ce que soutenait son prédécesseur, l'état de nature des hommes est considéré par lui comme un état pacifique.

Pufendorf, comme Hobbes, enseigne que les Etats se trouvent dans un état naturel et par conséquent le droit qui leur est applicable est le droit naturel. Le droit naturel régit les relations entre les hommes et ses dispositions doivent être appliquées de la même façon aux Etats. Le droit des gens n'est pas autre chose qu'une partie de la loi naturelle, et il ne doit pas être étudié séparément. Le droit des gens positif n'existe pas pour Pufendorf. Ce qui caractérise le droit positif c'est le fait d'être une règle établie par une volonté supérieure à la volonté qu'elle régit. Or, il n'y a pas de législateur au-dessus de l'Etat (2).

Un autre représentant de la théorie du droit naturel est Wolff. Avec lui on assiste à un retour à Grotius et au droit des gens tel

(1) GIDEL, *Droits et Devoirs des Nations. Recueil des Cours de l'Académie*, 1925, T., 10, p. 554.

(2) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 326 et s., GIDEL, *op. cit.*, p. 554, LÉSEUR, *op. cit.*, p. 112 et s.

que ce dernier l'a conçu. Constituant une réaction contre l'exagération de Hobbes et de Pufendorf et contre celle de l'école du droit positif, Wolff et son élève Vattel sont considérés comme continuant la tradition de Grotius (1).

Wolff est l'élève de Leibnitz qui critiquait vivement les idées de Pufendorf. Le retour à Grotius se manifeste chez Wolff par le fait que le droit des gens se compose chez lui de deux éléments : un élément naturel ou nécessaire et un élément positif.

Considérant les Etats comme des personnes morales, Wolff arrive à une conception originale en ce qui concerne l'organisation internationale. Il voit dans la communauté internationale une « *societas* » dont les Etats sont membres. Cette société constitue une « *civitas gentium maxima* », investie d'une autorité sur les Etats membres. Cette autorité lui est attribuée par la volonté des Etats qui consentent à son exercice et c'est d'elle que Wolff fait découler son « *jus voluntarium* » (2).

La conception de Wolff trouve un continuateur en Vattel. Il veut être le vulgarisateur de la théorie de Wolff, et admet comme lui le droit naturel, « mais en l'assouplissant pour le plier aux nécessités politiques » (3). Il rejette la « *civitas maxima* » de Wolff comme étant contraire à l'indépendance et à la souveraineté des Etats. Par contre, il reconnaît l'existence d'une Société des Nations, en vue de la réalisation du bien commun international. Par là, les nations se trouveraient dans une certaine interdépendance sans diminuer leur indépendance. Vattel accorde à l'Etat une autonomie presque absolue. « C'est-à-dire que, bien que Vattel soit encore compté comme un représentant de l'école du droit de la nature et des gens... il se trouve en fait rejoindre sur bien des points les conclusions auxquelles aboutira plus tard l'école positive » (4).

(1) Cf. LEBEUR, *op. cit.*, p. 119.

(2) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 328 et s., LESEUR, *op. cit.*, p. 121 et s., VERDROSS, *op. cit.*, p. 33.

(3) LE FUR, *op. cit.*, p. 330.

(4) Id., *op. cit.*, p. 331.

La théorie du droit naturel allait être discréditée par la théorie de Rousseau, par Kant elle est devenue le contraire de ce qu'elle a été dans la doctrine traditionnelle. Kant affirme notamment que le droit naturel est créé par l'homme au lieu de s'imposer à lui.

Le discrédit de la théorie du droit naturel s'explique par le fait qu'on a très souvent parlé d'une manière générale du droit naturel, sans faire la distinction entre la théorie traditionnelle et celles qui causaient sa chute (1).

SECTION III. — LA THÉORIE DU DROIT POSITIF. — L'ÉCOLE DE VIENNE

La doctrine de Pufendorf rencontra des adversaires qui ont réagi contre l'importance primordiale donnée au droit naturel. La réaction a été si vive, que du domaine éminemment naturel, le droit se trouva transporté sur un champ presque exclusivement positif. On pourrait même dire en forçant les choses, que c'est la théorie du droit naturel qui a préparé le courant positiviste : Pufendorf a fait déjà la distinction entre le droit naturel et le droit positif qui émane d'une volonté supérieure.

La théorie du droit naturel a considéré la raison comme la source suprême du droit tandis que les positivistes voient en lui un produit de la volonté dont ils ont tiré en droit international la théorie de l'absolutisme de l'Etat, caractéristique commune à toutes les théories positivistes.

Dans cette nouvelle tendance, l'étendue du droit positif devient presque exclusive, et le droit naturel ne contenant que des normes moralement obligatoires, n'est pas considéré comme droit. Le seul droit est le droit positif, celui qui résulte — dans le domaine international — des traités, des conventions et de la coutume qui prend naissance également dans les accords présumés entre les Etats. A

(1) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 334.

l'égard du droit naturel, le courant positiviste reste indifférent, il l'ignore ou bien il l'invoque à titre très exceptionnel ou subsidiaire (1).

La théorie du droit positif s'annonce avec Gentilis (2) et Richard Zouch. Elle prend plus de vigueur dans la doctrine de Bynkershoek et Moser.

C'est chez Bynkershoek que les caractères de la théorie du droit positif se dessinent nettement pour la première fois. Le droit des gens qu'il étudie, c'est le droit des gens positif tel qu'il « se dégage des usages (usus), des traditions (mores), du consentement exprès des Etats (consensus gentium) manifesté dans les traités » (3).

Mais avec Bynkershoek le courant positiviste est loin d'avoir atteint son aboutissement. S'il considère que la science du droit doit s'occuper principalement du droit positif, ce n'est pas sans reconnaître que dans le droit des gens on trouve aussi un autre élément que l'élément positif (4).

Chez Moser le droit positif devient l'objet exclusif de la science du droit, qui doit se borner à l'exposé des règles du droit positif, sans y ajouter des critiques qui n'ont aucune utilité. « D'après Moser, la science du droit des gens ne doit pas se demander quelle est la conduite que les Etats devraient adopter dans leurs relations, mais trouver empiriquement les règles qu'ils ont l'habitude de respecter » (5).

Moser est la plus marquante réaction contre l'école du droit naturel.

En général, les positivistes n'ont pas adopté cette théorie extrémiste enseignée par Moser. Ils sont « souvent les premiers à recon-

(1) Cf. LE FUR, *op. cit.*, p. 335, VERDROSS, *op. cit.*, p. 35, CHAUVEAU, *op. cit.*, p. 169.

(2) Nous avons vu qu'il donna une importance prépondérante à l'histoire dans l'étude du droit.

(3) LESSEUR, *op. cit.*, p. 117 et 118.

(4) Cf. Id., *op. cit.*, p. 118.

(5) VERDROSS, *op. cit.*, p. 35.

naître que le droit positif à lui seul est incomplet » (1). Martens marque le retour à cette conception modérée, et rompt avec les exagérations de Moser. Il reste malgré cela assez loin de Grotius car, tout en admettant l'existence d'un droit des gens naturel et d'un droit des gens positif, c'est ce dernier qui fait l'objet principal de son étude et le droit naturel vient seulement combler les lacunes du droit positif. Bynkershoek et Martens seraient donc les précurseurs de ce « positivisme éclectique, tempéré par la critique philosophique » dont parle Leseur dans son *Introduction à un cours du Droit International Public*. Cette tendance moyenne, qu'il nomme l'école moderne, présenterait les caractéristiques suivantes :

« Elle reconnaît la nature juridique, la valeur positive des règles qui se dégagent des usages et des traités. Si elle fait de l'exposé de ces règles l'objet principal de ses travaux, elle n'en fait pas du moins l'objet exclusif. Elle se préoccupe du problème de la réglementation rationnelle des rapports entre Etats. A côté du droit des gens positif, elle admet l'existence d'un droit des gens naturel, mais en donnant à ce dernier une signification toute différente de celle que Grotius lui avait attribuée. Elle ne fait plus de cet élément naturel le fondement du droit positif. L'élément positif lui apparaît comme un droit qui se suffit à lui-même, qui a en lui-même sa propre autorité qu'il tire du consentement exprès ou tacite des Etats. Elle ne voit dans l'élément naturel du droit des gens qu'un droit théorique, obligatoire en ce sens seulement : que c'est à une adoption progressive de ses données que la pratique doit tendre. Elle s'en sert, non pas pour compléter l'élément positif, mais pour le contrôler » (2).

Nous aurions ainsi fini avec la partie historique, dans laquelle

(1) LE FUN, *op. cit.*, p. 345.

(2) *Loc. cit.*, p. 127, ce passage est cité également par M. LE FUN, *op. cit.*, p. 346-347.

nous avons essayé de retracer les caractères généraux des principales écoles qui se sont succédées pour résoudre les problèmes théoriques concernant le droit des gens, sans la prétention d'avoir cité tous les auteurs appartenant à ces différents courants — qui devraient être mentionnés dans une histoire complète de la science du droit des gens — et sans que nous ayons montré toutes les branches dans lesquelles ces écoles se sont divisées par la suite. Cela nous aurait trop éloignés de notre sujet.

Il nous reste maintenant à présenter l'Ecole de Vienne, tout en étant obligé d'anticiper sur ce qui formera l'objet de notre étude, pour voir comment cette Ecole s'enchaîne dans les courants d'idées antérieurement développés.

L'école du droit positif est née sous l'influence du développement des sciences expérimentales qui a conditionné un changement de méthode dans toutes les sciences ainsi que dans celle du droit. La nouvelle méthode préconise, dans toutes les branches de la connaissance, l'observation des faits. La conséquence de l'application de cette méthode expérimentale dans la science du droit des gens a été le fait qu'on a attribué au droit des gens une existence extérieure. Le droit des gens étudié dorénavant sera celui qui résulte des traités, des conventions et des usages qui renferment un consentement exprès ou présumé des Etats.

Mais il fallait résoudre aussi le problème de la valeur juridique, le fondement, le caractère obligatoire si l'on veut, du droit des gens ainsi conçu. Deux solutions ont été données dans cette matière : d'après la première conception, l'Etat possédant une souveraineté absolue l'ordre international n'est que l'émanation des volontés étatiques. Le droit des gens est basé sur la volonté des Etats.

D'après la deuxième conception, le fait juridique serait une donnée indépendante du sujet dont il régit la conduite, le droit serait un phénomène nécessaire et sa valeur juridique dériverait

de son existence nécessaire. Le droit des gens existe, car la présence d'une société internationale ne peut être mise en doute. Il y a donc un rapport étroit entre le droit et le fait social. Le droit aurait son origine dans la société, dans la nature sociale de l'homme qui est un fait biologique. Le droit serait d'ordre biologique.

Kelsen, le fondateur de l'Ecole de Vienne, s'élève contre ces deux conceptions positives, bien que lui-même se réclame d'être strictement positiviste.

Quant à la première conception, Kelsen fait remarquer qu'elle n'est pas à même d'expliquer comment deux ou plusieurs volontés peuvent créer une obligation qui doit lier les parties contractantes, alors que les volontés ne peuvent s'additionner mathématiquement. Par la volonté d'un Etat, les sujets d'un autre Etat ne peuvent être obligés. La compétence d'un Etat ne dépasse pas ses frontières. Par conséquent deux ou plusieurs Etats ne pourront pas davantage prendre des dispositions obligatoires pour les Etats contractants (1). D'autre part, étant donné que l'Etat est souverain, il peut faire ce qu'il veut sans tenir compte des engagements pris.

Pour faire respecter les conventions, c'est-à-dire pour donner un caractère obligatoire au droit des gens, il faut faire appel à un principe supérieur. Ce principe, Kelsen le trouve dans la norme originaire hypothétique qui est à la base du système juridique universel lequel présente un caractère unitaire.

En plaçant en exergue de sa « Staatslehre » une phrase de Goethe, Kelsen veut rompre aussi avec la deuxième conception : « en art et en science comme en action, tout est de saisir nettement l'objet et de le traiter suivant sa nature ».

Tous les phénomènes ne sont pas de la même nature, ils sont différents. Une science qui a comme objet certains phénomènes ne peut avoir comme objet tous les phénomènes. Il doit y avoir plusieurs sciences, suivant la variété de ces phénomènes qui peu-

(1) Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 151.

vent être divisés en deux grands groupes : dans l'un de ces groupes se trouvent les phénomènes nécessaires, causales, desquels s'occupent les sciences naturelles, tandis que l'autre contient les normes, où la liaison entre la cause et l'effet n'est pas nécessaire. Ces derniers phénomènes sont l'objet des sciences normatives. Le droit, ayant comme contenu des normes, appartiendra donc aux sciences normatives. La science doit avoir une méthode qui soit propre à son objet. La méthode de Kelsen est une méthode pure, qu'il oppose à l'ancienne méthode scientifique. Il veut débarrasser le droit de tous ses éléments naturels, sociaux et politiques, moraux et éthiques, pour que l'objet de la science du droit puisse être le droit tout seul.

En parlant de la méthode nous nous apercevons de la façon dont Kelsen, c'est-à-dire l'Ecole de Vienne, réagit contre la théorie du droit naturel. Mais ce que l'école de Vienne voulait surtout démontrer, c'est que la primauté du droit des gens est réalisable non seulement dans la théorie du droit naturel, mais qu'elle est parfaitement conciliable avec une conception positiviste.

Méthode pure, essentiellement positiviste et malgré cela primauté du droit des gens, donc pas de souveraineté absolue de l'Etat, voilà des caractéristiques qui nous suffisent pour le moment pour pouvoir nous rendre compte des traits généraux de la doctrine de l'école de Vienne.

Néanmoins, nous n'aurions pas montré suffisamment la façon dont l'Ecole de Vienne prend la suite des autres écoles, si nous ne mentionnions pas son caractère philosophique. En général, l'Ecole de Vienne fait partie de ce nouveau mouvement qui se dessine dans la science juridique et qui, « en tant que réaction contre l'Ecole juridique historique place au premier plan l'étude philosophique du droit » (1). Cela nous amène à la question de la base philosophique de la doctrine de l'Ecole de Vienne.

(1) KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, p. 75.

TITRE II

La base philosophique de l'Ecole de Vienne

L'histoire nous enseigne, que les plus grands penseurs qui s'occupent de la solution des différents problèmes d'ordre social ou philosophique, réussissent toujours par l'originalité de leurs idées à grouper autour d'eux un certain nombre d'imitateurs, dont les conceptions, tout au moins dans leurs traits généraux, sont identiques à celles de leur maître. Ces groupes de penseurs, qui enseignent la doctrine du chef, en la complétant ou en la modifiant, sans qu'ils s'en écartent dans ses points essentiels, forment des Ecoles.

Il en est ainsi du droit des gens. Nous avons vu dans la partie historique, comment à travers les siècles, se sont formées les différentes écoles, d'abord l'école théologique, suivie de l'école du droit naturel ou philosophique et de l'école du droit positif ou historique qui domina pendant tout le XIX^e siècle. Celle-ci s'est éloignée systématiquement de la philosophie. Et c'est justement le fait de négliger entièrement la philosophie qu'on impute à l'école historique : « Par cela les auteurs historiques dans le sens le plus étroit du mot, ont contribué à la dégradation de la science juridique en favorisant les autres sciences, qui ne considèrent pas aujourd'hui la jurisprudence positive comme une science, mais comme une simple connaissance des lois. » (1). La nécessité d'une consi-

(1) BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 5.

dération philosophique du droit est réclamée : « La jurisprudence ne peut pas se considérer comme étant à la hauteur d'une vraie science, si elle n'essaie pas sérieusement, la pénétration des données résultant des études particulières et leur harmonisation avec les résultats des autres sciences. Nous devons avoir une philosophie du droit. » (1).

Aujourd'hui nous assistons à un retour à la philosophie. Les auteurs commencent à envisager le droit de plus en plus sous un angle philosophique tout en conservant dans la mesure du possible les résultats auxquels est arrivée l'école du droit positif.

L'école viennoise fait partie de ce mouvement de réaction contre l'école historique, car elle est essentiellement une école philosophique. Mais, serait-ce un simple retour aux anciens principes de l'école philosophique des XVII^e et XVIII^e siècles? Non, car l'Ecole de Vienne, tout en étant une école philosophique, n'est pas moins une école positiviste ; et c'est là que se trouve son originalité. Kelsen, le fondateur et le chef de cette école, se propose d'étudier seulement le droit positif, libéré de toute autre considération sociologique, politique, éthique, et fait reposer son système sur la philosophie de Kant. La positivité du droit est d'une importance capitale, puisque le droit positif seul fera l'objet de la science juridique. C'est le point commun entre l'école historique et la nouvelle tendance. Ce sera donc « la philosophie du droit positif ».

De même qu'il sera nécessaire, pour bien saisir la conception de Kelsen sur le droit des gens d'exposer d'abord sa théorie de droit en général, il sera également indispensable, pour aider à la compréhension de sa théorie générale de droit, de montrer la base sur laquelle elle est édifiée.

En général on peut dire qu'à la base de cette étude philosophique du droit, qui prend des proportions de plus en plus grandes surtout

(1) BERGBOHM, *op. cit.*, p. 23.

en Allemagne, se trouve la philosophie de Kant. Ce système philosophique, qui est connu sous le nom de l'idéalisme transcendantal et qui « occupe actuellement — dans la plupart des sciences — une position — il n'est pas exagéré de le dire — analogue à celle d'Aristote au Moyen-Age » (1) est à la base de la doctrine de Kelsen. Il a subi encore une autre influence qui est toujours celle de Kant, mais cette fois-ci exercée à travers l'école néo-kantienne, représentée surtout par Cohen et Natorp.

Où l'influence de Kant sur Kelsen a été la plus grande, et à la fois la plus importante, car elle vise les bases mêmes de tout le système kelsenien, c'est dans la question de la méthode, dans la notion de la science et dans la différence qui a été faite par Kant entre le monde des réalités et le monde du devoir-être.

Un exposé aussi sommaire que possible de cette partie de la philosophie kantienne est absolument indispensable pour montrer comment son influence s'est exercée.

Au centre du système kantien est le problème de la connaissance. « Comment la connaissance est-elle possible ? Elle suppose deux conditions : une matière et une forme. La matière est ce qui est donné à l'expérience. Mais qu'est-ce que cette expérience ? Elle est la jonction de la forme à la matière. La forme, d'après Kant, n'est pas déterminée par l'expérience, mais, au contraire, elle précède l'expérience. Donc la forme de la connaissance est a priori. Kant fait une distinction entre la sensibilité et l'entendement. » Il n'est pas douteux que toute notre connaissance ne commence avec l'expérience », dit Kant dans l'introduction de sa *Critique de la raison pure*. Il y a quelque chose qui est donné à la connaissance avant d'être pensé ! La sensibilité a la faculté de recevoir des représentations par la suite de son affectation par l'objet. Mais toute notre connaissance « ne dérive pas de l'expérience ». Les

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 586.

jugements scientifiques devant être universels et nécessaires, ces qualités ne peuvent être assurées par l'expérience. Elles le sont par « la faculté de connaître a priori ». L'entendement est cette faculté.

Donc pour Kant, la connaissance ne procède pas de l'action des choses sur l'esprit, mais elle s'explique par l'action de l'esprit sur les objets (1).

C'est l'apriorisme de Kant. Mais « la connaissance a priori n'est pas une connaissance antérieure à l'expérience ; c'est la connaissance que, immanentes à l'expérience et en constituant pour ainsi dire le fond, il y a des conditions fixes sans lesquelles l'objet de saurait être un objet pour nous » (2). Ainsi Kant se propose de purifier la raison de tout contenu provenant de l'expérience et d'étudier seulement la forme de la connaissance indépendamment de sa matière.

La méthode de Kant est transcendantale, non transcendante, c'est-à-dire qu'elle est avant toute expérience mais non pas au delà de toute expérience. Seul ce qu'on peut connaître peut être traité scientifiquement. Ce qui est au delà de cette connaissance ne peut faire l'objet d'une science. C'est pourquoi Kant ne considère pas la théologie comme science. Il applique donc sa méthode seulement au monde réel, au monde de l'être, et non pas à la morale. En dehors de cela, son point de vue est toujours celui du criticisme, opposé au dogmatisme et au scepticisme.

En ce qui concerne les sciences, Kant les définit de la façon suivante : « chaque doctrine est nommée une science, si elle constitue un système, c'est-à-dire une totalité des cognitions, arrangée d'après des principes » (3). Chaque science doit avoir un objet à elle, bien défini. Pour arriver à ce système qu'est une science, il

(1) Cf. RUYSSSEN, Kant, p. 68 et suiv.

(2) BRÉHIER, *Histoire de la Philosophie allemande*, p. 50.

(3) KANT, *Critique de la Raison pure*, p. 85.

faut suivre la méthode qui lui est propre, c'est-à-dire « une procédure d'après les principes de la raison par lesquels seule la diversité d'une cognition peut devenir un « système » (1). Chaque science doit avoir une seule méthode qui lui est propre. Kant condamne le syncrétisme des méthodes comme étant un péché mortel contre l'esprit scientifique. — Entre les différentes sciences il faut qu'il y ait des frontières bien définies. — D'ailleurs il est impossible qu'il en soit autrement, car d'après Kant, l'unité de la connaissance conduit nécessairement à l'unité de l'objet, donc une science ne peut avoir qu'un seul objet.

Nous retrouvons toutes ces idées chez Kelsen. Il adopte le point de vue de Kant en critiquant d'abord tous les systèmes juridiques du passé, critique qui tient une large place dans l'œuvre de Kelsen.

La distinction qu'a fait Kant entre la matière et la simple forme, qui est une catégorie a priori, a influencé la théorie de droit de Kelsen. Pour lui, la norme juridique est une norme formelle dont le contenu n'a pas d'importance au point de vue droit. Ce qui importe, c'est la forme, car c'est elle qui décide de sa validité. Une norme peut avoir n'importe quel contenu, elle sera valable, pourvu qu'elle ait été créée d'après les règles prévues.

C'est toujours dans la critique de la raison pure, que Kant fait la distinction entre le monde de l'être (Sein) et du devoir-être (Sollen), c'est-à-dire séparation entre la raison pratique et la raison spéculative. Kelsen adopte la distinction et en fait la base de son système. Et par là il détermine aussi la place de la science juridique dans l'édifice universel des sciences. Le droit, objet des sciences juridiques, appartient au domaine du devoir-être, de l'obligation et doit être distingué du domaine de l'être, de la réalité. Que la prescription d'une norme, c'est-à-dire d'une règle juridique, se réalise ou ne se réalise pas, n'a rien à voir avec l'existence de

(1) KANT, *Critique de la Raison pure*, p. 86.

l'obligation qui en est indépendante. Les normes ne prescrivent pas ce qui arrive réellement mais ce qui devrait arriver. Le lien spécifique n'est pas un lien de cause à effet au sens des sciences naturelles, mais c'est un lien normatif, que Kelsen appelle la « Zurechnung », c'est-à-dire imputation juridique. L'imputation existe même si les éléments liés par elle ne sont pas ce qu'ils devraient être. Le voleur doit être puni même s'il a fui et qu'on ne peut pas l'arrêter. L'être et le devoir-être sont indépendants et ne peuvent pas être réduits l'un à l'autre.

Il en résulte que Kelsen admet également l'à priori pour les obligations juridiques. A la base du droit seraient donc des catégories juridiques transcendantales, aprioriques, indépendantes de toute expérience. L'obligation juridique existe indépendamment de l'expérience, c'est-à-dire de la réalisation. Elle est une catégorie formelle et apriorique.

En ce qui concerne la jurisprudence comme science, à l'exemple de Kant, elle doit avoir son objet et sa méthode à elle. L'objet ne peut être que le droit et la méthode ne peut être qu'une méthode juridique. Kelsen inaugure son système « par une « *actio finium regundorum* » entre la jurisprudence d'une part et la psychologie, la morale, la politique d'autre part » (1). Comme Kant voulait purifier la raison pour n'en étudier que les formes sans le contenu, Kelsen, lui aussi, veut purifier le droit de son contenu sociologique, psychologique, éthique et politique, pour n'en étudier que les formes du droit proprement dit. La question à laquelle doit répondre la science du droit c'est : « *Quid juris* » car à la question « *quid bonum et justum* » répond la morale. Il ne faut pas confondre l'idée du juste avec le droit. Le droit peut être amoral et injuste sans cesser d'être du droit. Le juste est une catégorie éthique et

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 587.

non pas juridique. Or dans le droit il ne peut y avoir que des catégories juridiques et non pas des catégories éthiques. Le plus souvent les catégories juridiques correspondent à des catégories éthiques, mais pas nécessairement. Si le droit positif est juste, s'il est moral, tant mieux, mais il ne cesse pas d'être du droit si par hasard une disposition quelconque est en contradiction avec la morale. Dire que le droit positif est amoral, c'est un jugement métajuridique, moral, mais pas un jugement juridique. D'avoir confondu le droit avec la morale a été l'erreur du droit naturel, et d'y mêler des considérations d'ordre sociologique et politique a été l'erreur du positivisme. Ce dernier a empêché, d'après Kelsen, le développement du droit des gens et de la science du droit des gens et a produit un chaos au point de vue scientifique en y introduisant des considérations politiques et sociales qui n'ont rien à voir avec le droit.

Unité d'objet, représenté dans notre cas par le droit pur pour la science juridique et unité de méthode, qui doit être juridique, telle est la devise de Kelsen.

Certaines de ces thèses que nous avons développées et qui se trouvent chez Kant, ont été reprises avec plus de vigueur par l'école néo-kantienne de Marbourg, à laquelle d'après certains auteurs (1) appartient Kelsen aussi.

Ainsi en est-il de la méthode transcendantale, qui, d'après l'école de Marbourg, est appliquée non seulement au monde réel (comme le fait Kant) mais aussi au monde du devoir-être. Autrement dit c'est « l'application de la méthode de la critique de la Raison théorique aux problèmes de la critique de la raison pratique. » (2). L'école de Marbourg a poussé plus loin que Kant son apriorisme. Pour Kant, l'objet devait se conformer en quelque sorte à la

(1) EMMANUEL, *L'Idée du Droit*

(2) Id. *op. cit.*, p. 44

connaissance. Il n'est pas créé par la connaissance, mais il rentre dans les catégories transcendantes de celle-ci. Il est tel que la connaissance le connaît par les catégories transcendantes, mais il n'est pas créé par elles. L'école de Marbourg ne se contente pas de si peu. Pour elle l'objet est créé par la raison de même que la connaissance est une création de l'intellect. Dans les sciences ce n'est pas la méthode qui est conforme à l'objet, mais celui-ci est créé par la méthode. C'est la pensée qui crée le monde entier. Si l'on applique cette théorie à notre sujet, la méthode juridique crée son objet qui est le droit. Kelsen ne va pas aussi loin, bien qu'il arrive au même résultat. Il se contente d'appliquer au droit la méthode juridique, sans soutenir que le droit soit une création de la méthode.

La différence entre l'être et le devoir-être n'a jamais été aussi grande que dans la philosophie de cette école. Elle a créé un fossé infranchissable entre ces deux mondes. Sur ce point, Kelsen a suivi complètement la thèse de l'école de Marbourg, mais il s'est vite rendu compte de l'exagération qu'elle contient, de l'inconvénient qu'elle présente pour la science juridique et il essaie, tout en la maintenant, de la modérer un peu (1). En effet, déclarer la science juridique comme étant une science du devoir-être, signifierait suspendre le droit au-dessus des réalités, ce qui est inconciliable surtout avec son positivisme.

Nous pouvons résumer de la façon suivante les différentes idées qui ont servi à Kelsen pour construire son système juridique devenu le système de l'Ecole viennoise, et où il a subi l'influence de Kant et de l'école néo-kantienne de Marbourg : la jurisprudence doit avoir des frontières bien définies, un objet à elle qui est le droit et une seule méthode, qui est juridique, pour qu'elle puisse

(1) Nous allons voir plus loin en quoi cette modération consiste, c'est-à-dire comment Kelsen admet quand-même une relation minime entre l'être et le devoir-être.

être un système, c'est-à-dire une science. Pureté et unité de méthode, condamnation du syncrétisme des méthodes. Cette unité de la méthode conduit à l'unité de l'objet. Différence entre l'être et le devoir-être ; la science juridique est une science du devoir-être, donc une science normative qui est opposée aux sciences naturelles. En tant que science normative elle s'occupe strictement des formes aprioristiques des normes et non pas de leur contenu.

TITRE III

Kelsen

CHAPITRE PREMIER

L'exposé général de la théorie pure du droit

SECTION I. — LA MÉTHODE DE KELSEN

Tout le système kelsenien est basé sur la méthode. Elle constitue également le trait d'union le plus caractéristique entre les différentes théories qui ensemble forment la doctrine de l'Ecole viennoise. La méthode s'y trouve si étroitement rattachée qu'on ne peut presque pas aborder de problème qui ne soit en rapport avec elle. Ici il s'agira de donner quelques précisions concernant ses caractères pour y revenir au cours du développement de notre sujet, chaque fois que ce dernier l'exigera.

La méthode de Kelsen est *normative*, *pure* et *positiviste*. Pour expliquer ces trois caractères il nous faut rappeler son origine. Nous avons déjà vu que le point de départ de Kelsen se trouve dans la philosophie de Kant, notamment dans la distinction entre l'être et le devoir-être et dans la thèse que chaque science doit avoir sa méthode et n'en avoir qu'une seule.

En faisant la distinction entre l'être et le devoir-être, deux champs distincts se trouvent créés dans le domaine des sciences :

celui des sciences de l'être, c'est-à-dire les sciences naturelles et celui des sciences du devoir-être, ou sciences normatives. Etant donné que la règle de droit pour Kelsen est une norme, le droit appartiendra aux sciences normatives. Par conséquent il aura sa méthode qui est également normative.

La méthode kelsenienne est une méthode pure. Il se propose de libérer la science juridique de tout élément étranger à elle. Il cherche à éliminer de la science du droit, d'abord tous les éléments provenant des sciences naturelles et sociologiques ; d'autre part il en sépare les éléments éthiques et politiques. La science juridique étant une science normative ne peut avoir comme objet que le droit. Il est donc indispensable d'en éliminer tout ce qui n'a pas ce caractère. Kelsen dit : « si elle (la théorie pure du droit) se caractérise comme étant une théorie « pure » du droit, c'est parce qu'elle voudrait en éliminer tout ce qui n'appartient pas à l'objet du droit exactement déterminé » (1).

Une méthode purement normative ne peut avoir comme objet qu'un droit pur, dénué de tout autre élément qui n'est pas du droit.

Le troisième caractère est la positivité de la méthode de Kelsen. La théorie du droit pure, dit-il, « veut répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? », comment est-il ? et non à la question comment devrait-il être fait ? » (2).

SECTION II. — LA SCIENCE JURIDIQUE COMME SCIENCE NORMATIVE

C'est la méthode des sciences normatives, que Kelsen applique au droit. Et pourtant le droit qu'il étudie est un droit positif (3) :

(1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 1.

(2) Id. *op. cit.*, p. 1.

(3) Nous faisons cette remarque, car il semble y avoir une contradiction dans l'application d'une méthode normative aux faits. Cf. EMMANUEL, *L'Idée du Droit*, p. 55.

« La science du droit pure est une théorie du droit positif » (1). Kelsen ne prend en considération que le droit en tant que droit positif, c'est-à-dire un droit établi. « Dans cette nécessité de l'existence réelle (*gesetzsein*) et dans cette indépendance de la validité (*Geltung*) du droit de la morale et des systèmes de normes similaires, consiste le positivisme du droit » (2). Ce n'est pas le droit idéal, rationnel qui l'intéresse, car si nous pouvions le connaître « l'activité du législateur étatique ne serait que la tentative absurde d'une illumination artificielle en plein jour » (3).

Le positivisme de Kelsen est poussé à son extrême puisqu'il identifie le droit avec l'Etat, qui pour lui, n'est autre chose qu'un ordre juridique.

Mais qu'entend Kelsen par la notion de droit ? Pour lui le droit est la totalité des *normes*, et la science du droit est une *science normative* en opposition avec les sciences causales : « Ainsi, en définissant le droit comme norme et en limitant la science du droit à la connaissance des normes, on dresse les bornes qui séparent le droit de la nature et la science du droit en tant que science normative de toute autre science, qui a pour but d'expliquer les phénomènes naturels par la loi causale » (4).

C'est Kelsen qui a tiré de la méthode normative des conséquences systématiques pour la science juridique. Il reste donc le grand champion de ce courant appelé « la science du droit normatif ».

Son point de départ est la différence fondamentale entre l'être et le devoir-être, telle qu'elle existe dans le système kantien. Pour Kant, le domaine de la raison pratique est complètement séparé de celui de la raison théorique, de sorte qu'ils apparaissent comme

(1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 1.

(2) Id., *op. cit.*, p. 64.

(3) Id., *op. cit.*, p. 15.

(4) Id., *op. cit.*, p. 9.

deux domaines indépendants. La conséquence de cette séparation est que l'être et le devoir-être n'ont rien de commun entre eux.

La sphère du devoir-être est idéale, car elle est la sphère des valeurs et c'est à elle qu'appartient le droit qui d'après sa constitution est une norme, et n'a rien à voir avec l'être, qui appartient à la sphère du réel, à celle où se réalisent les valeurs.

Mais c'est dans la conception de l'école néo-kantienne, qui se place entre Kant et Kelsen, que la différence entre l'être et le devoir-être devient la plus grande : « Elle (l'école de Marbourg) creuse un fossé infranchissable entre ces deux domaines » (1).

Kelsen paraît être moins radical dans ses conclusions et il ne tire pas les conséquences extrêmes de l'opposition absolue de l'être et du devoir-être. Il s'est aperçu que la construction d'un droit positif n'est pas possible si l'on admet une différence absolue entre le « Sein » et le « Sollen ». C'est pourquoi il est moins intransigeant que l'école néo-kantienne. Ainsi M. Morgenthau a peut-être raison, quand il dit que « c'est le mérite de M. Kelsen d'avoir utilisé systématiquement pour la théorie du droit, l'opposition hypostasiée dans l'absolu entre l'être et le devoir-être, et d'avoir reconnu également la nature en vérité relative de cette opposition » (2).

Il est indiscutable que la différence *logique* qui existe entre ces deux notions est en effet infranchissable.

Mais si l'on prend le devoir-être comme catégorie du droit, la différence, fait remarquer Kelsen, n'est que relative, car le droit positif lui-même se trouve dans le domaine de l'être et représente quelque chose d'artificiel. Sa norme n'est qu'un devoir-être, et s'oppose en tant que valeur à la conduite effective des hommes. « Le problème de la positivité du droit consiste en ceci : il apparaît (le droit positif) à la fois comme être et devoir-être, malgré que ces deux catégories s'excluent logiquement » (3).

(1) MORGENTHAU, *De la réalité des Normes*, p. 4.

(2) Id., *op. cit.*, p. 7.

(3) KELSEN, *Die Idee des Naturrechtes*, Z. f. ö. R., T. VII, p. 229.

Kelsen dit que le devoir-être se sépare nettement de l'existence réelle des choses et qu'il confère à la sphère juridique la pureté et son indépendance vis-à-vis de la sphère sociologico-psychologique. Il désigne le devoir-être juridique comme un « être » spécifique, étant donné que le devoir-être est en opposition seulement à l'égard de l'être naturel (1).

Malgré les efforts que fait Kelsen pour faire apparaître le caractère de relativité de la distinction entre l'être et le devoir-être, elle reste quand même intacte et entière chaque fois qu'on regarde la base de la théorie du droit kelsenienne. Kelsen lui-même en fait la preuve : tout de suite après avoir affirmé qu'il y a un certain rapport entre l'être et le devoir-être, il nie toute liaison entre ces deux notions, en opposant « à la base sociale réelle, constituée d'actes juridiques physico-psychiques », « l'ordre juridique d'un caractère purement idéologique (dans le sens large du mot) » (2).

De tout cela résulte que « le devoir-être est la catégorie essentielle de la science nouvelle. C'est seulement par elle que nous pouvons distinguer le droit des sciences naturelles. « Qu'une exécution capitale n'est pas un meurtre, cette qualité — sensuellement non perceptible — ne résulte que d'un processus mental » (3). « Les sciences naturelles se bornent à la constatation d'un fait ; pour les sciences de l'esprit, une réflexion est nécessaire et c'est le Sollen (devoir-être) en tant que catégorie a priori qui nous fournira la possibilité de qualifier des faits comme juridiques, dont la première vue rien ne révèle ce caractère. La norme dans le système kelsenien est un schéma d'interprétation » (4).

(1) Cf. KELSEN, *Rechtswissenschaft und Recht*, Z. f. ö. R., T. III, p. 209.

(2) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, p. 458.

(3) EMMANUEL, *L'Idée du Droit*, p. 51, cite KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 5.

(4) Id., *op. cit.*, p. 51.

SECTION III. — LES NORMES

La théorie pure du droit ne s'occupe que des normes, car « le droit, l'unique objet de la théorie du droit, est norme » (1). Une norme est une prescription, un commandement réglementant les relations des hommes entre eux. Elle est une règle qui prescrit ce qui doit être et non pas ce qui va nécessairement arriver, ni ce qui est. La façon dont la cause et l'effet sont liés dans le domaine du droit, diffère de celle qui lie la cause à l'effet dans le domaine naturel : ici c'est la loi causale qui règne, selon laquelle l'effet suit nécessairement la cause, tandis que là « l'effet est seulement désirable, mais il se peut qu'il ne suive pas la cause. On peut dire qu'en abaissant la température au-dessous de zéro l'eau va geler, mais on ne peut guère dire que si l'on vole on sera puni, dans un sens strictement causal. Mais on dira que le voleur doit être puni, ce qui signifie qu'il pourrait ne pas l'être et cela sans que la norme cesse d'être une norme, comme la loi naturelle cesse d'être une loi si la cause n'est pas suivie d'effet de la façon dont elle le prescrit.

Dans la norme on trouve deux éléments : le contenu et la forme. La théorie pure du droit ne s'occupe que de l'élément formel. La forme est la relation établie entre l'état de fait et la conséquence juridique qui en découle et entre le caractère obligatoire de cette relation. Kelsen ne traite pas le droit en tant que psychologue, c'est-à-dire qu'il ne considère pas la norme comme un impératif émané de la volonté et qui s'adresse à elle. Cet impératif catégorique kantien n'existe pas dans la science des normes juridiques, et si son caractère de devoir-être la différencie des sciences causales, il reste attaché à l'éthique. Dans la science du droit l'impératif est *hypothétique* et *hétéronome*, et non pas *caté-*

(1) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 6.

gorique (1), et se différencie par là des autres sciences normatives, comme la morale par exemple.

Nous ferons ici une petite digression pour expliquer les notions d'impératif catégorique et d'impératif hypothétique et hétéronome et montrer par là, la différence entre le droit et la morale.

« L'impératif est catégorique quand il commande sans conditions, sans pourquoi ni parce que. Par exemple : ne mens pas, aide les malheureux » (2). La règle de morale est un impératif catégorique et « ne peut pas ne pas l'être, car s'il y avait des raisons à la sincérité, à la charité ...c'est qu'on en considérerait les conséquences ; or, la vertu consiste à se soumettre à l'ordre que nous donne la raison sans tenir aucun compte des fins naturelles (bonheur, perfection) ; « la « bonne volonté » est ...celle qui obéit à la loi par respect pour la loi » (3).

Mais cette règle de morale, par le fait qu'elle est un impératif catégorique, c'est-à-dire qu'elle commande « sans conditions, sans pourquoi ni parce que » est aussi autonome : « la volonté raisonnable ne peut recevoir sa loi du dehors, car une loi pareille serait un impératif hypothétique ; par exemple si la loi émanait de Dieu l'impératif serait : accomplis telle action si tu veux plaire à Dieu ou simplement te conformer à sa volonté ; mais alors la fin de la conduite morale serait en dehors de la personne et celle-ci ne pourrait plus être qu'un moyen. L'être raisonnable est soumis à des lois dont il est lui-même, en tant que personne intelligible, l'auteur, et ces lois sont universelles parce que des volontés pures, affranchies de tout lien empirique, ne peuvent contenir aucun élément de diversité » (4).

Il en résulte que, l'impératif catégorique et autonome est la

(1) EMMANUEL, *op. cit.*, p. 51.

(2) LACHELIER, *Fondements de la Métaphysique des Mœurs*, p. 16.

(3) LACHELIER, *op. cit.*, p. 16-17.

(4) Id., *op. cit.*, p. 21-22.

caractéristique d'une règle de morale. Elle est un ordre, adressé par la personne elle-même à sa propre volonté, pour accomplir tel ou tel acte, sans qu'il y ait des raisons pour cela.

Par contre, l'impératif hypothétique et l'impératif hétéronome sont les caractéristiques qu'on trouve dans la règle du droit.

Un impératif est hypothétique, « quand ses prescriptions sont subordonnées à quelque condition, à quelque hypothèse » (1) : ne mens pas si tu veux gagner la confiance d'autrui. Un impératif est hétéronome, quand il émane d'une autre personne que celle qui lui est soumise : il vient de l'extérieur. Si l'on examine la règle de droit on s'aperçoit qu'elle est un impératif hypothétique, car il s'y trouve une condition, une raison et elle est hétéronome, car elle n'émane pas du sujet qui doit lui obéir. En effet, la règle de droit dit que dans telles conditions il faut se comporter de telle façon. Si la personne n'obéit pas, un autre individu — l'organe de l'Etat — exercera sur elle une certaine contrainte (2).

La règle juridique est donc un impératif hypothétique et hétéronome.

La caractéristique des normes juridiques, car elles seules sont l'objet de la science du droit dans la doctrine de Kelsen, c'est qu'elles sont sanctionnées matériellement par une contrainte organisée. C'est un des points les plus importants, par lequel d'après Kelsen, le droit positif se différencie du droit naturel. Puisque le droit naturel est contenu dans l'ordre naturel, dont les normes ont leur origine dans la nature, il est évident et nécessaire qu'il ne comporte pas de contrainte. Le droit positif, au contraire, est un ordre de contrainte. En droit naturel, dit Kelsen, les hommes agissent nécessairement en conformité avec les normes, tandis que en droit positif on institue la contrainte pour le cas où les actions

(1) LACHETIER, *op. cit.*, p. 16.

(2) Cf. MAURY, *Observations sur les Idées du Professeur Kelsen*, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, T. XLIX, p. 537 et suiv.

des hommes ne seraient pas en conformité avec les prescriptions. Cet acte de contrainte est exercé par des organes institués, dont l'ensemble forme toute une organisation. « Cet ordre de contrainte, s'il est représenté par une organisation de contrainte, est l'Etat. Et ainsi on peut dire que l'Etat est la forme perfectionnée du droit positif » (1). Par le fait que la norme du droit positif est sanctionnée, elle devient efficace. La norme juridique positive, dit M. R. Capitant, « est caractérisée par son efficacité, mais elle ne consiste pas en cette efficacité. En effet, l'efficacité est du domaine du *Sein* (indicatif) tandis que la norme est un *Sollen* (impératif). L'essence de la norme est, non pas son efficacité, mais sa validité » (2).

Nous avons pris ainsi connaissance de la façon dont Kelsen conçoit le droit sans que nous y ayons rencontré — ou presque pas — la personne humaine. Il est naturel de se demander comment l'homme intervient dans cette théorie, quel est son rôle dans le système juridique de Kelsen ? Comment est résolue la question de sa personnalité juridique ?

Pour répondre à ce problème, Kelsen ne s'écarte pas de sa théorie abstraite et la solution est une suite logique de ses conceptions antérieures.

Kelsen fait une différence subtile entre la notion juridique de la personne et entre la notion de l'homme telle qu'on la trouve dans les sciences naturelles. Ces deux notions expriment deux « unités » différentes. « La notion juridique de la personne ... exprime seulement l'ensemble d'une pluralité de droits et de devoirs, c'est-à-dire l'ensemble d'une pluralité de normes qui établissent ces droits et devoirs » (3). Cette notion ne sert, dit Kelsen, qu'à faciliter l'imagination du droit et par conséquent n'est pas indispensable.

(1) Kelsen, *Die Idee des Naturrechtes*, Z. f. ö. R., T. VII, p. 226.

(2) R. Capitant, *L'Impératif juridique*, p. 120.

(3) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 53.

Ce qui a de l'importance c'est l'homme biologique. Mais lui aussi est dénué de son caractère de réalité naturelle, car Kelsen ne voit en lui qu'un point d'imputation. Ainsi, dit-il, « la personne physique » est la personnification, c'est-à-dire l'expression globale personnifiée des normes qui coordonnent la conduite humaine. Elle est le « porteur » de tous ces droits et devoirs, c'est-à-dire elle est — si l'on dépouille cette conception, qui double l'objet, de son caractère substantiel — le « Zurechnungspunkt » commun pour tous les droits et devoirs, réglés en tant que des faits de la conduite humaine, le point central, si l'on peut s'exprimer ainsi, de cet ordre partiel, dont les normes règlent ces droits et devoirs et dont l'individualisation résulte de leur apport à la conduite d'un seul et même homme » (1).

Se rappelant cette différence que Kelsen fait entre la personne (notion juridique) et l'homme physique, il est inexact de dire, d'après Kelsen, « que le droit autorise et oblige les personnes. Ce qui est autorisé et obligé ce sont les hommes. La conduite humaine est celle qui forme le contenu des normes, c'est-à-dire les droits et les obligations » (2).

Donc Kelsen insiste sur la notion biologique de l'homme, mais finalement il lui enlève ce caractère réel pour en former un point idéal.

En effet, du point de vue juridique, la personnalité reste un point idéal vers laquelle convergent une série de normes juridiques. Si un individu a la personnalité juridique, cela signifie qu'une série de normes lui est applicable. Toutes ces normes ont comme centre de convergence un point idéal, comme si c'était un point mathématique. Ce point, d'après Kelsen, est la personnalité juridique. Elle a un caractère purement logique (3). Cette série de normes

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 53.

(2) Id., *op. cit.*, p. 54.

(3) Cf. DJUVARA, *Teoria generală a dreptului*, T. II, p. 130-31.

règle les actes des individus. L'imputation juridique établit la relation entre un fait et un sujet sur la base d'une règle de droit. « C'est la « Zurechnung » qui fait de l'homme (unité psycho-physique de la biologie), la personne de la jurisprudence » (1).

On peut dire que Kelsen n'admet pas l'existence des sujets de droit distincts de l'ordre juridique. Le sujet de droit est la personification d'un ordre juridique partiel. Cet ordre juridique partiel se présente comme une unité parce qu'il s'applique au même individu, parce que les normes de cet ordre partiel convergent vers un seul point idéal.

SECTION IV. — LE CARACTÈRE UNITAIRE DE L'ORDRE JURIDIQUE LA NORME ORIGINAIRE

Après avoir défini ainsi le droit, Kelsen essaie de considérer l'ordre juridique comme ayant un caractère unitaire. La coexistence d'un nombre infini de normes pose le problème de l'unité logique de ces normes. En se demandant quelle pourrait être la base de cette unité, Kelsen la trouve dans le fait que la validité de chaque norme de l'ordre juridique peut être ramenée à une seule norme, la norme *originnaire*. « C'est la norme originnaire, qui en tant que source commune, établit l'unité dans cette pluralité de normes qui forment un ordre » (2). Donc, « une pluralité de normes forme une unité, un système, un ordre si sa validité (Geltung) peut être ramenée à une seule norme, comme base finale de cette validité (Geltung) » (3).

La norme originnaire est la règle d'après laquelle les normes du droit positif sont créées. Ainsi la validité d'une norme de droit

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 564.

(2) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 62.

(3) Id., *op. cit.*, p. 62.

positif ne dépend guère de son contenu, contrairement aux normes de la morale ou à celles de droit naturel, dont la validité, d'après Kelsen, est conditionnée par leur contenu qui doit être en conformité avec la volonté divine ou avec la raison pure. La norme juridique peut avoir n'importe quel contenu, ce qui entre seul en ligne de compte, c'est la façon dont elle a été créée : « qu'elle prit naissance d'une certaine façon, qu'elle fût créée d'après une certaine règle et qu'elle fût établie d'après une méthode spécifique » (1). « La norme originaire n'est donc autre chose que la règle fondamentale d'après laquelle sont créées les normes de l'ordre juridique » (2).

La norme fondamentale dans la conception de Kelsen est une norme *hypothétique*. Chaque norme tire sa validité d'une norme précédente, jusqu'à ce qu'on arrive à la dernière, c'est-à-dire à la norme originaire. Celle-ci ne peut pas avoir un caractère réel, un caractère de droit positif, parce qu'il faut arriver à une norme qui donne la validité à toutes les autres, validité qu'elle possède, mais qu'elle n'a pas reçue d'une autre norme. C'est pourquoi la norme fondamentale est une norme hypothétique, *préétablie* comme condition de toute création de droit positif.

Il y a un cas, relevé par Kelsen dans la théorie pure du droit, où la norme fondamentale acquiert une importance particulière : si un régime monarchique, dit-il, est remplacé par la voie révolutionnaire et qu'un régime républicain prenne sa place, on préétablit une autre norme fondamentale : celle qui institue le gouvernement républicain comme autorité créatrice de lois. On s'aperçoit que le contenu de la norme fondamentale qui crée l'ordre juridique s'oriente d'après la situation de fait, dans laquelle un ordre va être institué, correspondant dans un certain degré à la conduite

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 64.

(2) *Id. op. cit.*, p. 64.

réelle des hommes (1). Par conséquent, « la validité d'un ordre juridique (Geltung) qui règle la conduite humaine est dans un certain rapport de dépendance avec la situation de fait, c'est pourquoi la conduite effective de ces hommes correspond à l'ordre juridique — à son efficacité comme on a l'habitude de le dire » (2).

Pour mieux illustrer ce rapport, Kelsen emploie le terme de « tension » (Spannung) qui existerait entre l'être et le devoir-être, tension qui a une limite de maximum et de minimum qu'elle ne doit pas dépasser. Il faut donc que la conformité de l'ordre juridique avec la réalité ne dépasse pas le maximum, mais elle ne doit pas descendre non plus au-dessous d'un minimum, sans cela l'ordre juridique serait dénué de sens.

SECTION V. — LA CONSTRUCTION GRADUELLE DE L'ORDRE JURIDIQUE

Dans un rapport étroit avec la théorie de la norme originaire, se trouve une autre partie de la théorie pure du droit, qui est celle de la construction graduelle de l'ordre juridique.

L'ordre juridique, dans la doctrine de Kelsen, dont l'unité est réalisée par la norme originaire, est composé d'un nombre infini de normes. Le rapport entre ces normes n'est pas un rapport de coordination, puisque chaque norme ne tire pas sa validité directement de la norme fondamentale. Elles sont subordonnées les unes aux autres, ce qui veut dire qu'une norme tire sa validité de la norme qui lui est immédiatement supérieure, celle-ci à son tour est créée par une norme plus haute en degré, dont elle tire sa validité, et ainsi de suite jusqu'à ce qu'on arrive, en montant cette graduation, à la norme originaire. L'ordre juridique formerait donc un système hiérarchique, où chaque norme est subordonnée à une autre norme. Cette construction graduelle ou hiérarchique a, à sa

(1) Cf. KELSEN, *op. cit.*, p. 68.

(2) *Id. op. cit.*, p. 69.

base, la norme originaire, d'après laquelle suit immédiatement la constitution qui occupe le plus haut degré dans le droit positif. Celle-ci crée les normes qui instituent les organes créateurs de lois et celles qui prévoient la procédure à respecter dans la création des lois. Celles-ci à leur tour déterminent les modalités d'après lesquelles les normes seront établies par les Tribunaux. Ces offices créent sous la forme de sentence et d'arrêt, des normes du degré le plus bas.

L'ordre juridique apparaît comme une hiérarchie de normes — inférieures et supérieures. La norme fondamentale est toujours supérieure, car elle est la norme suprême, tandis que les normes réglementant des cas concrets occupent dans la hiérarchie le degré le plus bas. Les autres normes ont une situation intermédiaire, c'est-à-dire qu'elles présentent les deux aspects : elles sont des normes créatrices en rapport avec les normes qui leur sont inférieures et des normes créées en rapport avec les normes qui leur sont supérieures.

C'est en somme la forme d'une pyramide que revêt le système juridique dans la conception kelsenienne. « Cette relation des normes juridiques, envisagée de haut en bas, nous donne le fondement de la validité (*Geltung*) logique de chaque norme et cette même relation, envisagée de bas en haut, nous donne l'unité logique de l'objet. » (1).

Il va sans dire que le système juridique universel qui forme une unité parfaite ayant à sa base la norme fondamentale hypothétique, comprend aussi les normes du droit des gens. La question serait de savoir quelle place occupe le droit des gens dans cette pyramide du droit universel ? Nous ne répondrons pas maintenant à cette question que nous traiterons plus loin, quand il s'agira du droit des gens dans la conception de Kelsen.

(1) CARLOS CASSIO, *La Normalité d'après l'Analyse de la Conduite juridique*, *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1937, p. 193.

CHAPITRE II

**L'Etat chez Kelsen. Son caractère normatif et son identité
avec le droit**

Avant d'arriver à la théorie de Kelsen sur le droit des gens, il est indispensable de donner une idée sommaire de ce qu'est l'Etat dans sa conception. Par ailleurs, il est impossible de résoudre les problèmes fondamentaux du droit public sans avoir solutionné au préalable le rapport existant entre l'Etat et le droit. Soit qu'on donne au droit une origine étatique, soit qu'on regarde l'Etat comme un produit du droit, soit qu'on identifie les deux notions comme le fait Kelsen, ou qu'on les sépare pour étudier chacune d'elles séparément en tant que produits de la société l'étude de l'Etat est inévitable à la compréhension du droit public.

Après avoir pris connaissance de ce que sont les normes dans le système de Kelsen, et après avoir vu les différences qu'il fait entre l'être et le devoir être, il est facile de passer à l'étude de l'Etat, dont la construction repose justement sur cette opposition qui existe entre l'être et le devoir-être.

Mais quelle a été la « théorie dominante » avant Kelsen ? Exposée par lui-même (1), elle peut être résumée ainsi : l'Etat a une existence indépendante du droit et lui est opposé. Mais il faut le mettre en rapport avec le droit et le concevoir comme contenant aussi un élément juridique. De là le problème du rapport entre l'Etat et le droit. On a essayé de le résoudre, en attribuant à l'Etat deux côtés, un côté social, donc réel objet de la sociologie, science causale, dans laquelle l'Etat apparaît comme

(1) Cf. Kelsen, *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, Z. f. ö. R., T. II, p. 454 et suiv.

une puissance, et un côté juridique idéal, objet des sciences normatives où l'Etat apparaît comme une personne juridique. Dans cette théorie, Kelsen voit une contradiction et voilà comment : « il résulte une contradiction du fait que deux points de vue méthodiquement différents par leur orientation ne peuvent pas viser le même objet, l'Etat ne peut être l'objet d'une théorie de droit qu'en tant que droit et non pas en tant que puissance, qui dans ce sens est différente du droit et lui est opposée par sa nature » (1).

Kelsen fait remarquer que « cette contradiction se manifeste non seulement dans cette « *Zwei Seiten Théorie* », mais surtout dans la théorie de l'auto-obligation des Etats, car l'Etat qui est tout puissant et qui ne peut être lié par les normes doit se transformer en une réalité juridique. Ce mystère est présenté par la théorie de la façon suivante : l'Etat établit un ordre juridique auquel il se soumet volontairement » (2). La contradiction est là, car l'Etat, le créateur de l'ordre juridique, ne peut pas être à la fois au dessus et au dessous de ce même ordre.

Nous insisterons encore sur un autre point. La théorie dominante, dit Kelsen, considère l'Etat comme étant souverain. Par cette affirmation, la différence entre l'Etat et les autres communautés est faite, mais elle est inconciliable avec une pluralité d'Etats dans un rapport de coordination telle qu'elle existe dans le droit des gens. La souveraineté des Etats, c'est-à-dire l'affirmation que l'Etat est l'ordre suprême, n'est pas conciliable avec la validité d'un ordre supérieur. Pour qu'une telle coordination soit possible, il faut admettre la possibilité de l'existence d'un ordre pareillement supérieur à tous les Etats, qui limite la compétence de chaque Etat, et dont tous les Etats tirent leur validité.

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 454.

(2) *Id.*, *op. cit.*, p. 454.

Pour créer sa théorie de l'Etat, Kelsen applique la méthode normative, selon laquelle il ne peut y avoir qu'un Etat juridique. La différence faite par Jellinek entre un Etat social et un Etat juridique n'a pas de raison d'être pour lui, et elle n'est qu'un prétexte pour se servir indistinctement des deux méthodes, causale et normative, selon les besoins de la cause. Kelsen se place à un point de vue exclusivement juridique, ce qui l'intéresse c'est l'Etat au point de vue juridique. Pour fixer cette notion, il faut appliquer la méthode normative propre aux sciences normatives, c'est-à-dire à la théorie pure du droit. « Puisque l'objet d'une théorie de droit ne peut être que le droit, l'Etat devrait être droit et seulement droit, pour qu'il puisse former l'objet d'une théorie de droit » (1). Cela est tout naturel si l'on tient compte de la méthode que Kelsen s'est proposé de suivre. Sans tomber dans l'exagération de l'Ecole de Marbourg, d'après laquelle la méthode engendre l'objet, Kelsen considère tout simplement **l'Etat comme droit**, car l'objet de la méthode normative ne peut être que le droit. Pour pouvoir étudier l'Etat au point de vue juridique, il faut qu'il soit lui-même du droit.

« La question de la notion de l'Etat est liée inséparablement à la question du rapport ... de la notion de l'Etat et celui du droit » (2). Par cette phrase est déjà posé dans ses traits généraux le problème fondamental de la notion de l'Etat. Le résultat final est, nous le dirons un peu plus loin, l'identification absolue de l'Etat avec le droit qui, chez Kelsen, ne forment pas deux notions distinctes. L'Etat n'est qu'un ordre juridique. « A ce point de vue la doctrine de Kelsen est une doctrine essentiellement moniste », comme le remarque avec justesse M. Gidel (3) dans son cours de droit constitutionnel. Avant d'arriver à cette iden-

(1) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 7.

(2) Id., *op. cit.*, p. 6.

(3) Cf. GIDEL, *Cours de Doctorat*, 1935-36.

tification complète de l'Etat avec le droit, Kelsen s'efforce de démontrer que l'Etat n'est pas une réalité sociale, mais qu'il est un ordre juridique, un ordre normatif.

Le fondement de cette théorie est le dualisme inconciliable entre la réalité et la normativité, autrement dit entre l'être et le devoir-être. Dans la différence qui existe entre la liaison des éléments dont l'unité forme l'Etat et la liaison causale dans le système de la nature, la notion du devoir-être est d'une importance capitale, parce qu'elle lie différemment la condition au conditionné que ne le fait la loi naturelle, où cette liaison est nécessaire, et où la cause est suivie nécessairement par l'effet. Il en est autrement quand il s'agit des normes. Le fait d'un vol n'a pas comme conséquence nécessaire la peine. Celle-ci peut ne pas le suivre. Il y a donc seulement un lien juridique entre le vol et la peine.

De cette différence entre l'être et le devoir-être, Kelsen tire la conséquence suivante : il veut considérer l'Etat comme un ordre normatif.

Par ce fait, « l'Etat ne réside pas dans le domaine de la nature », dans les relations physico-psychiques, mais dans le domaine de l'esprit. « Ce contenu spirituel, désigné *Etat*, a comme caractéristique d'être un système de normes » (1).

De cette notion seront donc éliminés les hommes en tant qu'êtres physico-psychiques et leurs actes seuls, qui forment le contenu des normes, seront pris en considération.

Pour différencier l'Etat des autres organismes similaires, on ajoute la contrainte, mais cette contrainte apparaît — en raison du dualisme entre le réel et le normatif — comme contenu de l'ordre du devoir-être, donc comme contenu des normes. Ainsi « l'Etat apparaît comme l'unité d'un système de normes qui

(1) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, p. 14.

règlent les conditions dans lesquelles une contrainte d'homme à homme sera exercée » (1).

Donc, pour Kelsen, l'Etat est une pensée, une synthèse de normes et non pas une communauté, une association d'hommes. La communauté est une pluralité d'hommes, le système légal une pluralité de normes. La communauté est quelque chose de réel, les normes quelque chose d'idéal. Ce dédoublement du réel et de l'idéal est réclamé seulement par le langage, dit Kelsen, et il le considère dépourvu de sens, car l'Etat ne peut être considéré par la science du droit d'un autre point de vue que du point de vue juridique.

Mais Kelsen ne s'arrête pas là. Il ne se contente pas d'essayer de montrer que l'Etat n'est autre chose qu'un système de normes, un « ordre normatif de la conduite humaine » (2), quelque chose de spirituel, mais il l'unit au droit. Pour lui, l'Etat et le droit ne font qu'une seule notion : « Si l'on reconnaît que la sphère d'existence de l'Etat est une validité normative et non pas une efficacité causale, que cette unité spécifique que nous plaçons dans la notion de l'Etat ne réside pas dans le monde de la réalité naturelle, mais dans celle des normes ou des valeurs, que l'Etat d'après sa constitution est un système de normes ou l'expression de l'unité d'un système pareil, alors, nous aurons déjà reconnu que l'Etat ne peut être qu'un ordre, un ordre juridique ou l'expression de son unité » (3). « Si l'on reconnaît l'Etat comme un ordre juridique, ou *l'expression de son unité*, la théorie de l'Etat n'est concevable qu'en tant que théorie du droit, c'est-à-dire une théorie de normes et en ce sens elle n'est qu'une discipline normative » (4).

(1) Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, p. 82.

(2) Gidel, *op. cit.*,

(3) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 16.

(4) *Id.*, *op. cit.*, p. 18.

Et non seulement l'Etat est un système de normes, mais il est un ordre juridique positif, « parce que auprès de lui la validité d'un autre ordre doit être exclue » (1). L'Etat se présente ainsi comme une réalité, comme la positivité du droit, en opposition avec des postulats purement éthico-politiques. C'est pourquoi la science de l'Etat doit être séparée de la politique. Kelsen veut étudier l'Etat tel qu'il est et ce qu'il est et non pas tel que la politique désire qu'il soit. Mais il se demande si tout en séparant la science de l'Etat de la politique, en lui donnant comme objet l'étude de l'Etat tel qu'il est, on ne la pousse pas vers les sciences naturelles ? Cela serait méconnaître, dit-il, que l'être n'est pas nécessairement l'être de la « nature », que la différence entre l'être et le devoir-être est seulement relative et qu'ici il s'agit « d'un être du devoir-être » (Sein des Sollens). Il s'en suit que la science de l'Etat est une partie de la théorie générale du droit. La théorie de l'Etat devient ainsi la théorie juridique de l'Etat qui porte nécessairement sur le droit objectif, étant donné que pour Kelsen le droit subjectif n'existe pas. Tout le droit est du droit objectif.

De cette confusion des deux notions résulte nécessairement que le droit où l'Etat a une légalité inhérente (Eigengesetzlichkeit), indépendante de toute réalité naturelle, de tout fait psychique et dont la validité (dont le caractère est celui d'un devoir-être) est complètement différente de son efficacité.

L'Etat est un système normatif. Il commence par la norme fondamentale ou originaire qui est la règle suprême pour la création des normes et qui est à la base de sa validité. « Une fois que celle-ci — dont le caractère normatif est indéniable — est établie *a priori*, la sphère de validité est obtenue et toute rupture par la réalité est exclue. Que les actes de volonté, de l'autorité

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 17.

instituée directement ou indirectement, aient un caractère d'être, cela ne saurait atteindre le caractère de devoir-être des normes, qui sont conformes à ces actes de volonté. Et parce que la norme fondamentale ne cesse pas d'être une norme, son contenu étant fixé en conformité avec les faits, le système de normes basé sur elle... ne perd pas non plus son caractère normatif » (1).

Cette légalité inhérente du droit, c'est-à-dire de l'Etat, est vivement critiquée par les partisans de l'Etat social. On dit notamment qu'elle est suspendue, chaque fois que des faits tels qu'une révolution la rompent, jusqu'à ce qu'une autre norme fondamentale soit établie qui sera dorénavant à l'origine du nouveau droit ; que cette nouvelle légalité inhérente est due aux faits, aux hommes en tant qu'êtres psycho-physiques.

Nous voulions simplement mentionner cette critique, afin de pouvoir mieux nous rendre compte de l'idée de Kelsen, que l'Etat est un ordre normatif, avec une légalité inhérente, et qu'il faut distinguer rigoureusement sa validité de son efficacité. Même si la norme juridique n'est pas respectée, donc si elle n'a pas d'efficacité, il ne lui en reste pas moins sa validité.

Le dualisme qui existe entre la validité à caractère de devoir-être et efficacité à caractère d'être, ce dualisme a amené Kelsen à la question de savoir si l'on doit admettre ou non l'existence d'un Etat social à côté d'un Etat juridique ou pour mieux dire si l'Etat social a une raison d'être ou non, s'il pourrait avoir une existence indépendante de l'Etat juridique ? La réponse de Kelsen est la suivante : « ...puisque entre la validité à caractère de devoir-être de l'ordre étatique ou juridique et l'efficacité à caractère d'être... est un vrai dualisme, l'essai — de distinguer à côté d'un état « juridique » un état « sociologique » et d'établir celui-ci dans le domaine de l'être — comme étant la totalité des

(1) KELSEN, *Soziologische und juristische Staatsbegriff*, p. 100-104.

actes qui ont une réalité — et l'autre dans le domaine du devoir-être — en tant qu'un système de normes — doit échouer » (1).

De cette phrase, on peut dégager une réponse nettement négative, à savoir qu'il faut écarter la notion de l'Etat social. L'Etat social serait-il donc un non-sens, ne pourrait-il pas être concevable séparément, sans le mettre en rapport avec l'Etat juridique ? Kelsen n'a résolu nulle part d'une façon nette la question, mais le négatif se dégage sans aucun doute de l'esprit de son œuvre. Caractéristiques sont les phrases suivantes : l'existence sociale de l'Etat « consisterait uniquement dans la « chance » (2) parfois plus grande, parfois plus petite... qu'il pourrait y avoir en réalité une action orientée d'après le sens de validité normative de l'ordre juridique étatique. Puisque cette chance peut contenir des degrés différents, l'existence sociologique de l'Etat devrait être possible avec une différenciation graduelle. Une fois que cette « chance » a complètement disparu, l'Etat a cessé d'exister du point de vue sociologique » (3).

Plus loin : ...« la notion juridique est pour la sociologie à la base de la notion même de l'Etat, elle en est inséparable, car, sans elle, cette « Unité » « Etat » ne pourrait même pas être saisie » (4).

Il résulte de là, dit Kelsen, que ce qui fait que l'Etat se présente sous la forme d'une unité, ce qui unit les hommes pour former un Etat, est — même dans la conception sociologique — la conformité de leur conduite à l'ordre juridique. Dès que les hommes cesseraient de s'y conformer, l'Etat social disparaîtrait.

L'Etat social étant conditionné dans son existence par un ordre juridique suivi par les hommes, on peut déduire qu'il ne pourrait

(1) Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, p. 19

(2) Kelsen emploie le terme français.

(3) Kelsen, *op. cit.*, p. 20.

(4) Id., *op. cit.*, p. 20.

subsister sans cet ordre juridique. Pour Kelsen, un Etat social, à lui seul, ne peut exister.

Toutefois, il serait erroné de considérer Kelsen comme adversaire de la sociologie en général. Que l'étude de l'Etat appartienne ou n'appartienne pas à la Sociologie, c'est un problème sur lequel nous ne devons pas nous prononcer. En tout cas, la sociologie est une science très large, dont l'objet dépasse de loin la notion de l'Etat et qui a une existence propre, même si l'on supprime toute considération sur l'essence de l'Etat. D'autre part, Kelsen admet parfaitement que la sociologie a le droit et même le devoir de s'occuper du développement historique de la notion de l'Etat, mais il refuse d'admettre que cette étude généalogique puisse nous éclairer sur la notion de l'Etat elle-même. Si pour Kelsen l'Etat social n'existe pas, s'il ne peut être objet de la sociologie, cela ne signifie nullement que Kelsen veuille nier la raison d'être de la sociologie.

Etant donné que l'Etat est un ordre juridique, il occupe une place dans le système juridique universel, semblable à celle occupée par un autre ordre juridique. La différence entre l'Etat et les autres ordres juridiques n'est pas « qualitative » mais « quantitative ». Si l'Etat ne se présente pas comme l'ordre juridique suprême — ce qui est possible d'après Kelsen, et nous allons voir comment — sa compétence est plus grande que celle des différents ordres juridiques à lui subordonnés, mais sa nature est la même (1).

Mais il y a encore une autre différence. L'Etat est un ordre de contrainte (*Zwangsjurisdiction*) non seulement dans le sens d'une validité objective de ses normes, ce qui caractérise les autres communautés sociales, lesquelles sont également des ordres dans l'acception d'un système de normes, mais, dans le sens que « ces

(1) Cf. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 120.

normes sont caractérisées par le fait qu'elles statuent un acte de contrainte spécifique, qui doit être exercé dans certaines conditions par un homme contre un autre » (1). Pour Kelsen, l'« appareil de contrainte », comme il est d'usage de caractériser l'Etat, est identique avec l'ordre juridique.

Le problème de la personnalité juridique de l'Etat, si l'on peut s'exprimer ainsi, est résolu d'une façon tout à fait originale et il constitue à la fois une suite logique de tout ce qui a été dit jusqu'ici et tout particulièrement du rôle que l'homme joue dans le système juridique kelsenien.

Nous avons vu, dans la partie où il s'agissait de la théorie générale du droit de Kelsen, que l'homme en tant que personne physique n'est pas sujet du droit. Il n'est que « l'expression personnifiée de l'unité des normes qui règlent la conduite humaine » (2). La personne physique est un point d'imputation (Zurechnungspunkt). La personne juridique n'est autre chose que « l'unité de l'expression d'un complexe de normes, c'est-à-dire d'un ordre juridique qui règle la conduite d'une multitude d'hommes » (3). Aucune des deux, ni la personne physique, ni la personne juridique, n'a une existence réelle naturelle. Ce qui est réel dans le sens naturel, c'est seulement l'attitude des hommes. Ainsi, les obligations et les droits d'une personne juridique ne sont que les obligations et les droits des hommes.

Passons maintenant à l'Etat. Kelsen se demande comment distinguer, dans la multitude des actes humains, ceux qui sont des actes de l'Etat. Quel est le critérium, d'après lequel un acte humain est imputé à l'Etat et non pas à l'homme qui l'a commis ? A l'Etat en tant que « sujet »... de ses actes, on arrive seulement par une opération spirituelle qui s'appelle ici « l'imputation ».

(1) Kelsen, *Das Wesen des Staates*, *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1926-27, p. 13.

(2) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 53.

(3) Id., *op. cit.*, p. 54.

« L'Etat, en tant que sujet des actes étatiques, est un point d'imputation » (Zurechnungspunkt) (1). Le critérium des actes d'Etat est leur conformité à l'ordre normatif étatique. « L'imputation à l'Etat est la dépendance d'un acte de l'unité de l'ordre, dépendance basée sur la norme qui prévoit l'acte ». Donc, « un acte humain est un acte d'Etat, s'il est qualifié comme tel par une norme juridique » (2). Cette imputation à l'Etat transforme un acte humain en acte d'Etat. L'Etat présente le même caractère que n'importe quelle autre personne juridique. Il n'est autre chose « que l'expression de l'unité de l'ordre juridique, un point d'imputation... » (3).

Dans cette argumentation, dont Kelsen se sert pour démontrer la notion de « la Zurechnung » et par là, la personnalité juridique de l'Etat, il croit trouver un autre point d'appui pour illustrer sa théorie, à savoir que l'Etat n'est autre chose qu'un ordre juridique.

Donc, pour Kelsen, l'Etat est la personnification de l'ordre juridique, soit d'un ordre juridique total, soit d'un ordre juridique partiel. L'Etat, comme l'individu d'ailleurs, n'est qu'une fraction de l'ordre juridique, si l'on n'accepte pas l'ordre juridique étatique comme ordre suprême. En cas contraire, l'Etat est l'unité de l'expression personnifiée de l'ordre juridique total.

Bien que toute cette construction soit abstraite et purement théorique, il est tout de même à retenir que Kelsen ne considère pas l'Etat comme un « super-homme ». Eliminant de son système les hommes en tant qu'êtres psycho-physiques, il donne une place prépondérante à leurs actes. L'Etat ne diffère nullement des autres « personnes juridiques » et ainsi il n'est autre chose que le point d'imputation des actes individuels qui, par l'ordre juri-

(1) Kelsen, *Das Wesen des Staates*, *Revue internationale de la Théorie du Droit*, 1926-27, p. 10.

(2) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 120.

(3) *Id.*, *op. cit.*, p. 120.

dique, sont prévus comme étant des actes d'Etat. Ce qui entre premièrement en ligne de compte ce sont les actes individuels et ce sont eux qui forment l'Etat. Même si l'homme est éliminé, ses actes restent au premier plan. Les individus, par leurs actes, forment l'Etat, qui est leur point d'imputation.

En résumé, l'Etat, chez Kelsen, est l'expression de l'Unité des normes qui règlent la conduite humaine. Les actes individuels sont imputés à l'Etat, ils sont donc des actes d'Etat, dans la mesure où ils sont prévus comme tels par les normes. L'Etat est un ordre juridique total ou partiel selon qu'on le considère comme étant l'ordre juridique suprême ou faisant partie d'un ordre juridique qui lui est supérieur.

CHAPITRE III

Le droit des gens dans la conception de Kelsen

SECTION I. — LE MONISME DE KELSEN

§ 1. — *Son monisme en général*

En ce qui concerne le droit des gens, la doctrine de Kelsen a comme point de départ un double monisme que nous avons étudié successivement : l'unité du système juridique universel et l'identification de l'Etat avec le droit.

Nous avons vu que d'après Kelsen tout le droit, en tant que système unique, est basé sur la méthode idéale et logique transcendantale, d'après laquelle le système juridique et son objet sont créés d'abord dans la pensée scientifique. Cette unité de méthode demande nécessairement l'unité du système, dans notre cas l'unité du système juridique universel. Kelsen est arrivé à la réaliser, après avoir repoussé le dualisme entre le droit interne et le droit des gens. Il fait remarquer que la théorie dualiste est basée sur le fait qu'elle prend la volonté comme source du droit. Or le droit interne et le droit des gens, ayant à leur base deux volontés différentes, ne peuvent former une unité. Kelsen substitue à la volonté comme source de droit, la norme originaire hypothétique qui réalise l'unité de l'ordre juridique tout entier. La volonté ne peut être prise en considération, car ce serait opérer avec un concept sociologique et psychologique et non avec un concept juridique. Nous avons vu que la science du droit s'occupe uniquement de ce qui doit être et non pas de l'être. Elle est une science normative. En tant que science normative, elle s'occupe uniquement de normes dont la

validité dépend d'une autre norme supérieure à elle, jusqu'à ce qu'on arrive à la norme originaire, qui garantit l'unité du système juridique tout entier.

Par le fait que la validité des normes dépend non point d'une volonté quelconque mais d'une norme dont elle provient, le droit présente, d'après Kelsen, la « particularité de régler sa propre création; une règle de droit détermine comment une autre règle sera posée; dans ce sens, la seconde dépend de la première, c'est ce lien de dépendance qui unit entre eux les différents éléments d'un ordre juridique qui en est le principe d'unité. La validité d'une norme juridique se fonde précisément sur la norme qui en règle la création; une norme est valable si elle a été posée conformément à celle qui est par rapport à elle une norme supérieure » (1).

« Le système de droit consiste ainsi en une pyramide de normes qui sont entre elles, soit coordonnées, soit superordonnées. » (2).

Par cette méthode déductive, en vertu de laquelle le système du droit est basé sur une norme originaire déterminée par elle-même et dont on déduit toutes les autres normes, Kelsen efface la différence entre le droit interne et le droit des gens en les groupant en un seul système juridique qui a, à sa base, la norme originaire qui est la norme suprême.

Kelsen identifie le droit avec l'Etat, qui n'est autre chose qu'un ordre juridique. Donc, chaque Etat est un ordre juridique, et le rapport entre ces Etats est une relation de plusieurs systèmes juridiques. En reconnaissant qu'à côté de l'Etat national il y a plusieurs ordres juridiques différents, on se rend compte, dit Kelsen, qu'il s'agit de la validité de plusieurs systèmes normatifs. Mais deux ordres juridiques ne peuvent être valables en même temps

(1) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, Recueil des Cours de l'Académie, 1927, T. 16, p. 279, cite KELSEN, *Aperçu d'une Théorie générale de l'Etat*, p. 26.

(2) Id. p. 279.

sans que leur validité ne soit ramenée à une base unique : « Déjà l'idée — qui semble exprimer le contraire — que mon propre Etat existe ici et l'autre là, cache en soi la pensée que les deux ordres sont limités dans leur validité, que l'un vaut seulement ici et l'autre seulement là, et elle présume tacitement une norme ou un ordre délimitant les sphères de validité » (1). C'est le droit des gens qui reçoit la tâche de réglementer la validité des divers ordres normatifs (2).

Le droit des gens apparaît ainsi comme formant avec les ordres juridiques étatiques un seul système. « On peut aussi bien concevoir le droit des gens comme formant avec les ordres juridiques étatiques un seul système de normes, qu'on peut considérer — comme on a l'habitude de le faire — l'ordre juridique étatique comme une unité » (3).

En ce qui concerne ce deuxième aspect de son monisme, c'est-à-dire l'identité de l'Etat avec le droit, le système de Kelsen est caractérisé par ces mots : « Il s'agit pour moi de dissoudre sans en excepter aucune les formations juridiques matérialisées dans la pensée des jurisconsultes pour les ramener aux pures et simples relations de la norme du droit » (4).

Nous pouvons donc conclure que la conception de Kelsen revêt la forme d'un monisme absolu : identité complète entre l'Etat et le droit, et identité complète entre le droit interne et le droit des gens. Il oppose ce système aux théories dualistes traditionnelles qu'il critique, parce qu'en raison de leur conception de la souve-

(1) Kelsen, *Staat und Völkerrecht* Z. f. ö. R., T. IV., p. 210.

(2) Car les normes, d'après Kelsen, ont leur validité limitée dans le temps, dans l'espace, aux personnes et à la matière. La norme peut être limitée dans le temps et dans l'espace, ce qui veut dire, qu'elle peut avoir une validité pour tout les temps et pour tous les lieux, ou bien elle peut être limitée à un certain temps ou à un certain lieu. La validité matérielle signifie, que la norme peut régler des différents actes d'une personne : religieux, politiques, économiques, etc. ; et la validité personnelle signifie que la norme règle les actes de certains hommes.

(3) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 135.

(4) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 4.

raineté, elles confèrent à l'Etat la qualité d'une communauté juridique suprême, et postulent comme point de départ la volonté de l'Etat pour la formation du droit des gens. De là résulte la primauté du droit étatique, une conception subjectiviste retombant dans le Solipsisme qui place le « moi » au « centre du monde » et ne le conçoit « qu'en tant que volonté et représentation du « moi »... La primauté du droit étatique est donc absolument inconciliable avec la conception d'une totalité d'Etats du même rang, vu que la validité de chacun est juridiquement limitée » (1). « Ainsi la primauté du droit étatique ne signifie pas seulement la négation de la souveraineté des autres Etats et donc la négation de leur existence juridique en tant qu'Etats dans le sens du dogme de la souveraineté, mais elle signifie aussi la négation du droit des gens » (2). Kelsen ne peut accepter la conception dualiste du droit et il dit : « Si l'on veut désigner la conception de l'indépendance et de la diversité des deux systèmes normatifs du droit étatique et du droit des gens comme conception « dualiste », il faut, par contre, insister sur l'impossibilité d'un tel dualisme : du même point de vue, deux ordres ne peuvent être reconnus comme valables. L'unité de l'aspect de connaissance exige impérieusement une considération moniste » (3).

Une autre raison pour laquelle Kelsen repousse la théorie dualiste est le fait que les deux ordres, étatique et international, ont comme objet unique la personne humaine.

Tout en groupant le droit étatique et le droit des gens dans un même système, il n'en reste pas moins vrai que pour Kelsen l'un et l'autre sont deux parties différentes du même ordre juridique. Il faudra donc montrer et les différents rapports dans lesquels peuvent se trouver le droit des gens et le droit étatique, et la façon

(1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 142.

(2) Kelsen, *op. cit.*, p. 143.

(3) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 123.

dont Kelsen a résolu les contradictions que ces rapports peuvent contenir.

§ 2. — *Les rapports entre le droit des gens
et le droit étatique*

Il est deux façons fondamentalement différentes d'envisager le rapport entre le droit interne ou étatique et le droit des gens : d'après le système *dualiste*, les deux systèmes de normes sont considérés comme étant complètement différents et indépendants l'un de l'autre. La deuxième solution consiste à considérer le droit étatique et le droit des gens comme formant un seul système juridique, c'est-à-dire à admettre qu'il y a unité entre le droit interne et le droit des gens. C'est la conception *moniste*. Puisque la conception dualiste est rejetée, pour Kelsen la question du rapport entre ces deux systèmes ne se pose que dans la conception moniste. La solution unique s'impose nécessairement dans la construction pyramidale du droit universel : le rapport ne peut être qu'une subordination, c'est-à-dire que l'ordre inférieur est un ordre simplement délégué, un ordre partiel de l'ordre supérieur. Ainsi les deux systèmes apparaissent comme formant une unité. Un rapport de coordination ne serait-il pas possible ? Non, parce que la coordination suppose un facteur supérieur qui la réalise. Or, dans ce cas, la coordination se transforme en subordination.

Il reste à savoir lequel de ces deux systèmes sera l'ordre supérieur : le droit interne ou le droit des gens ?

Kelsen énonce la possibilité de choix entre la primauté du droit étatique et celle du droit des gens. Dans le premier cas, le centre de gravité de l'ordre juridique universel reposerait sur l'Etat lui-même, tandis que dans le deuxième cas, le centre de gravité aurait sa base dans la communauté internationale. La primauté du droit étatique répond à une conception impérialiste, tandis que la pri-

maut  du droit des gens donne mieux satisfaction à un idéal pacifique, à une conception universaliste.

Il n'en reste pas moins vrai, qu'au point de vue théorique et à celui de leur valeur juridique, les deux solutions sont également possibles dans l'esprit de Kelsen. Ce qui varie, c'est seulement leur valeur éthico-politique.

Verdross et Kunz repoussent la possibilité de la primauté du droit étatique en admettant seulement celle du droit des gens. Kelsen lui-même incline vers cette dernière.

  3. — *La solution des contradictions entre le droit étatique et le droit des gens*

Dans la construction moniste, il ne peut y avoir d'après Kelsen de contradiction logique entre le droit des gens et le droit étatique. Il ne s'agirait que d'un simple conflit entre une norme supérieure et une norme inférieure. Pour le justifier, il compare ce conflit à celui qui est très courant dans l'ordre juridique étatique : « la loi en contradiction avec la constitution est, et reste une loi valable, sans pour cela que la constitution soit considérée comme relevée ou modifiée » (1). L'unité du système juridique étatique n'est point atteinte. La seule conséquence est « l'annulation de la norme inférieure ou la punition de l'organe responsable » (2).

Dans le rapport entre le droit des gens et le droit étatique, la situation est la même. Si une norme du droit étatique est contraire au droit des gens, elle reste quand même en vigueur et a de la validité même en se plaçant au point de vue du droit des gens. « Ce dernier ne prévoit pas de procédure pour l'annulation de la

(1) KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 145

(2) *Id. op. cit.*, p. 145.

norme étatique contraire au droit des gens » (1). La constitution, dans la plupart des cas, ne prévoit pas non plus que la loi qui lui est contraire soit annulée, mais simplement que les organes soient punis.

L'unité du système juridique universel n'est pas forcément rompue du fait qu'une norme du droit interne est en contradiction avec le droit des gens, pas plus que l'unité du système juridique étatique n'est brisée parce qu'une loi est contraire à la constitution. Dans les deux cas il s'agit seulement d'un simple conflit, qui résolu d'une façon ou d'une autre ne saurait aucunement entraîner la rupture de l'unité du système universel.

SECTION II. — LA PRIMAUTE DU DROIT ÉTATIQUE

Dans la conception kelsenienne l'unité du système juridique universel peut être réalisée même en admettant la primauté du droit étatique. Dans cette construction l'ordre juridique du droit des gens tire sa validité du droit étatique. « Les normes du droit des gens, afin d'avoir de la valeur pour l'Etat, doivent être reconnues par celui-ci » (2). « La base de la validité du droit des gens et celle des ordres juridiques des autres Etats se trouve de cette façon dans l'ordre juridique national dans la « volonté » du propre Etat en tant que l'être juridique le plus haut placé dans la sphère sociale. Le droit des gens — qui n'a de valeur qu'autant qu'un Etat le reconnaît comme obligatoire — apparaît non pas comme un ordre juridique indépendant et isolé, mais... comme une partie de l'ordre étatique national, librement adoptée comme un « droit étatique extérieur », c'est-à-dire l'ensemble des normes de l'ordre

(1) *Id.*, *op. cit.*, p. 146.

(2) KELSEN, *Staat und Völkerrechts*, Z. f. ö. R., T. IV, p. 210.

étatique, qui règlent les relations avec les autres Etats et sont adoptées par la voie de la reconnaissance » (1).

Ainsi, la source du droit des gens réside dans la volonté de l'Etat national, et l'existence juridique des autres Etats repose sur cette volonté. L'ordre étatique doit être imaginé « comme un ordre juridique étendu aux autres ordres juridiques étatiques » (2). Ces ordres juridiques étatiques apparaissent comme délégués par le droit étatique national. L'unité du système juridique universel est obtenue par cette interdépendance réalisée par la délégation. Tous les ordres juridiques des autres Etats et le droit des gens peuvent être ramenés à l'ordre juridique du propre Etat et celui-ci apparaît comme la source du droit tout entier.

Cette conception qui est le résultat du dogme de la souveraineté, a comme point de départ l'individu, le « moi », considéré comme le « centre du monde ». C'est un simple « subjectivisme étatique ».

Naturellement, la primauté du droit étatique a tous les inconvénients qui découlent du fait de baser le droit des gens sur la volonté unilatérale, de là, la négation de l'existence du droit international public. L'inviolabilité des traités, etc., tout est à la merci des actes unilatéraux des Etats.

La primauté du droit étatique ne peut pas être attribuée à tous les Etats, car le droit ne doit avoir qu'une seule source pour pouvoir présenter cette unité systématique. Il en résulte « qu'un seul ordre étatique (l'Etat national) sera considéré comme l'unique ordre souverain... L'Etat (étranger) — basé sur la reconnaissance ou sur la délégation de l'autre Etat (Etat national) — ne peut être considéré comme suprême et souverain, puisqu'il dérive de ce dernier » (3).

(1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 140.

(2) Kelsen, *op. cit.*, p. 140.

(3) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 188

SECTION III. — LA PRIMAUTÉ DU DROIT DES GENS

Cette construction de la primauté du droit des gens existait bien avant Kelsen ; elle fut la thèse de l'école du droit naturel dans le cadre de laquelle s'est développé le droit des gens. Elle a prédominé pendant la période la plus longue de cette science, à peu près jusqu'à la fin du XVIII^e siècle.

Un immense changement se produit dans la science du droit des gens au commencement et dans la première moitié du XIX^e siècle. Le droit des gens n'est étudié dorénavant qu'à la lumière de la souveraineté absolue de l'Etat et dans son rapport avec le droit national à qui on donne même la préférence. Cette nouvelle doctrine de la primauté du droit étatique, qui a sa source dans la **conception** que se faisaient les écrivains sur la souveraineté de l'Etat, a prédominé, presque sans être contredite, jusqu'aux dernières décades de notre époque et par cela « elle est responsable en première ligne d'avoir entravé le développement du droit des gens ainsi que de la science du droit des gens » (1).

Dans les dernières années du XIX^e siècle on peut déjà constater une réaction assez forte contre la notion de la souveraineté absolue qui est complètement inconciliable avec un droit des gens supérieur au droit étatique. On la trouve aujourd'hui en premier lieu chez les auteurs partisans de l'école du droit naturel.

Le mérite de Kelsen ne consiste donc pas dans le fait d'avoir inventé cette construction de la primauté du droit des gens, mais de lui avoir donné une nouvelle base et d'avoir essayé de la concilier avec sa conception positiviste, d'avoir voulu démontrer que, tout en étant positiviste, on peut considérer le droit des gens comme le droit suprême. Ceci a beaucoup d'importance non seu-

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 573.

lement au point de vue théorique, mais surtout au point de vue éthico-politique. On est heureux de constater cet effort, accompli par Kelsen et son école, pour la construction d'un vrai droit des gens, non seulement indépendant des caprices de différents Etats, mais supérieur à tous les Etats. Et cela surtout dans ces moments pénibles, où chaque jour nous réserve un nouveau coup de force contre les principes du droit des gens.

Comment Kelsen conçoit-il la thèse de la primauté du droit des gens ?

Cette construction, l'opposée de la première, est seulement possible si l'on écarte définitivement la notion de la souveraineté absolue de l'Etat. Elle part de la supposition que « les normes désignées comme droit des gens forment un ordre unique qui est au-dessus de tous les Etats, qui limite réciproquement leur validité et embrasse tous les autres ordres comme étant tous des ordres juridiques partiels » (1).

Dans cette hypothèse, c'est le droit étatique qui tire sa validité du droit des gens. L'unité du système juridique universel est réalisée sur la base du droit des gens dont le droit étatique ne forme qu'une partie intégrante. « L'autorité juridique de l'Etat apparaîtra comme déléguée de l'ordre international. Donc la souveraineté des Etats est incompatible avec la doctrine de la primauté du droit international. Celui-là seul sera l'ordre souverain, « la *civitas maxima* dont les Etats particuliers... dérivent comme ordres inférieurs. La *civitas maxima* représente en effet l'aboutissement de la primauté du droit international » (2).

Les conclusions qui se dégagent de la thèse de la primauté du droit des gens sur le droit interne sont parfaitement énoncées par M. J. Barthélemy :

(1) Kelsen, *Staat und Völkerrechts*, Z. f. ö. R., T. IV, p. 215.

(2) AKZIN, *L'Ecole autrichienne et le Fondement du Droit des Gens*, *Revue du Droit international*, 1927, p. 362.

« C'est en somme la condamnation de la théorie absolutiste de la souveraineté, comme pouvoir inconditionné de l'Etat. »

« Tous les Etats sont liés par le droit international écrit ou non écrit. »

« Il n'existe pour les Etats que des compétences sur les bases du droit international. »

« La souveraineté de l'Etat c'est le pouvoir de se mouvoir librement, à l'intérieur des limites fixées par le droit international. »

« Un Etat ne peut donc être souverain que s'il relève, sans intermédiaire, du droit international et, par conséquent, si les compétences qu'il possède lui sont attribuées directement par le droit international » (1).

Comment se présente l'existence effective de l'Etat dans l'hypothèse de la primauté du droit des gens ?

Dans la conception kelsenienne, l'Etat est un système juridique identifié entièrement avec le droit. Partant de la primauté du droit des gens et ayant en vue cette unité avec le droit, l'Etat apparaît comme un système juridique dont la validité est tirée du droit des gens. Si l'on admet la primauté du droit étatique, la validité du droit des gens est tirée du droit étatique, dont la norme suprême est hypothétique. Par contre, si l'on admet la primauté du droit des gens, ce qui a été hypothétique dans l'alternative précédente devient une norme positive dans l'hypothèse de la primauté du droit des gens, et la norme originaire hypothétique devient la norme de base du droit des gens et par conséquent du système juridique tout entier. « C'est-à-dire : ce qui du point de vue de la primauté du droit étatique est une hypothèse juridique, devient du point de vue de la primauté du droit des gens une proposition juridique positive » (2).

(1) J. BARTHÉLEMY, *Le Problème de la Souveraineté des Etats et Coopération européenne*, *Revue de Droit international*, 1930, p. 428.

(2) KELSEN, *op. cit.*, p. 219.

De quelle norme dans le droit des gens est tirée la validité du droit interne ? De celle « qui détermine les conditions dans lesquelles un Etat peut exister du point de vue du droit des gens ». C'est donc « le droit des gens qui détermine les conditions dont l'existence est exigée pour qu'un Etat soit reconnu comme sujet du droit des gens, dans une communauté internationale » (1).

D'après ces conditions un ordre de contrainte, c'est-à-dire une domination avec une certaine efficacité doit être établie à l'intérieur d'un territoire, soumis directement au droit des gens qui la délègue et qui règle sa validité dans le temps et dans l'espace. Il en résulte que la naissance de l'Etat dans la doctrine de Kelsen ne diffère guère de la naissance des communautés dans le cadre du droit interne. Le droit interne également fixe les conditions qui doivent être remplies pour qu'une communauté puisse prendre naissance à l'intérieur de l'ordre juridique étatique.

Cette domination effective, exigée par Kelsen comme condition indispensable à la naissance de l'Etat, semble être en contradiction avec l'opposition qui existe entre l'être et le devoir-être. Pour démontrer le contraire, Kelsen argumente de la façon suivante : « ...le droit des gens ne dit pas dans sa proposition par laquelle elle reconnaît l'Etat : si A ordonne et si B lui obéit toujours, que A ordonne et que B lui obéisse *toujours*, mais il dit que : si A ordonne et si B obéit *ordinairement*, alors que A ordonne et que B obéisse toujours » (2). On s'aperçoit facilement que Kelsen tient compte de la « tension » (Spannung) qui existe entre l'être et le devoir-être.

L'Etat est un ordre total ou partiel selon qu'on admet la primauté du droit étatique ou celle du droit des gens. Dans cette dernière hypothèse, l'Etat se présente, chez Kelsen, comme un

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 219.

(2) *Id. op. cit.*, p. 219.

ordre juridique partiel centralisé, dans une dépendance directe du droit des gens, qui règle sa compétence territoriale et temporaire, et avec une compétence matérielle qui doit tenir compte des réserves faites par le droit des gens (1).

L'Etat, ordre juridique partiel, est l'organe de la communauté internationale, et en cette qualité il contribue à la création du droit des gens qui est rendue possible par l'existence d'une norme qui confère aux actes humains le caractère de règle de droit. La primauté du droit des gens exige l'égalité des Etats. Cela signifie que, d'une part, l'Etat ne peut régler que les droits et obligations de ses propres sujets, et que, d'autre part, même la volonté de deux ou plusieurs Etats ne suffit pas pour créer des normes obligatoires. Seules les normes dont la création est réglée par le droit des gens ont un caractère obligatoire.

En résumé, dans l'hypothèse de la primauté du droit des gens, l'unité du système juridique universel se trouve établie sur la base du droit international qui est un droit superétatique, et se trouve ainsi au sommet de la pyramide juridique, recevant son caractère obligatoire de la norme originaire hypothétique préétablie.

(1) Cf. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, p. 149-150.

CHAPITRE IV

La souveraineté chez Kelsen

SECTION I. — CE QUE KELSEN ENTEND PAR LA SOUVERAINETÉ

La notion de la souveraineté, dans le sens où elle signifie un pouvoir inconditionné de l'Etat, n'est presque plus défendue par les auteurs. En général, ils sont d'accord qu'elle est incompatible avec un droit des gens tel qu'il doit être, c'est-à-dire avec un droit superétatique. On reproche à Kelsen (1) de défendre encore aujourd'hui la souveraineté de l'Etat. Il est vrai qu'elle est admise par son système, mais il ne faut pas se méprendre sur le sens qui lui est donné et il faut également tenir compte de la façon dont le problème y est posé. La souveraineté de l'Etat dans le système de Kelsen n'est que la conséquence nécessaire de la construction du système juridique universel sur la base de la primauté du droit étatique. Mais on trouve chez Kelsen également la construction contraire, dans laquelle la souveraineté est attribuée au droit des gens dont dérive l'ordre juridique de chaque Etat. Et d'après Kelsen, il n'y a aucune contradiction. Les deux hypothèses, dont l'une exclut nécessairement l'autre, sont traitées objectivement. On peut choisir entre elles, pour adopter l'une ou l'autre. Ceux qui adoptent un point de vue individualiste seront partisans de la souveraineté de l'Etat, tandis que la souveraineté du droit des gens sera le point de départ de ceux qui veulent considérer le droit des gens comme un droit superétatique. Théoriquement et juridiquement, les deux constructions étant parfaitement justes, Kelsen

(1) GURVITCH, *Le Temps présent et l'Idée du Droit social*.

laisse le choix libre. A notre sens, il est donc erroné de considérer Kelsen comme un partisan de la souveraineté de l'Etat, alors que lui-même, par des considérations éthico-politiques, incline vers la solution contraire. Il n'a fait que tirer les conséquences extrêmes de sa théorie et montrer comment se présenterait le système juridique universel dans les deux hypothèses. Au contraire, nous considérons Kelsen comme un adversaire de la souveraineté de l'Etat, et partisan avec ses élèves, Verdross et Kunz de la souveraineté du droit des gens, la seule possible pour ces derniers, même au point de vue théorique.

Mais qu'est-ce que la souveraineté dans le système de Kelsen, comment est-elle conçue ?

Le problème de la souveraineté relève, selon Kelsen, de la science juridique pure, qui ne peut en faire abstraction. Mais pour qu'elle puisse être étudiée, elle doit être épurée de toute autre interprétation, car l'objet de la science juridique ne peut être que le droit.

Il est impossible, d'après lui, de voir dans la souveraineté une sorte de force psycho-physique qui, « si elle était souveraine, ne serait pas moins qu'une « *prima causa* », une cause première, la force la plus puissante d'où découlerait tout phénomène, sans qu'elle eût elle-même de cause » (1).

Pour Kelsen la souveraineté n'est ni une propriété ni un attribut de l'Etat, tel que la conçoit la science de l'être. Elle n'est pas un fait réel, donc susceptible d'être observé empiriquement, mais elle est une propriété attribuée par le juriste à un complexe de normes. Elle est « préétablie dans la pensée de l'observateur se faisant une idée de l'Etat et du droit » (2). Pour Kelsen la souveraineté est une question d'ordre normologique et se trouve dans le domaine des sciences normatives. En effet, nous savons que la valeur d'une

(1) Kelsen, *Les Rapports de système entre le Droit interne et le droit international public*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1926, T. XIV, p. 254.

(2) Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 82.

obligation ne dépend pas de la volonté de celui qui l'impose mais de la norme qui l'autorise à l'établir. La souveraineté est un problème de rapports entre les normes qui sont sub- et superordonnées les unes aux autres. Dans cette pyramide juridique, il n'y a, à vrai dire, qu'une seule norme qui soit souveraine, c'est la norme originaire, car elle seule est indépendante et ne tire pas sa validité d'une autre norme qui lui est supérieure, mais ce sont au contraire toutes les autres normes qui peuvent être ramenées à elle. La souveraineté chez Kelsen signifie l'indépendance absolue d'une « Rechtsstufe » (degré juridique). Naturellement il ne peut y avoir qu'un seul degré juridique indépendant et donc souverain. Pour donner à sa construction une force plus grande, il invoque l'analogie suivante : « si la théologie de toutes les religions monothéistes ajoute à l'unité et au caractère unitaire de Dieu son caractère d'être unique aussi, si son caractère unique est relevé avec un pathétique particulier, alors ce n'est que la conséquence logique de ce que Dieu est l'être suprême » (1).

Mais ce caractère souverain de la norme fondamentale peut être attribué aussi à tout un ensemble de normes, à un ordre juridique tout entier. Dans ce cas, l'ordre juridique souverain a la primauté sur tous les autres ordres juridiques qui n'ont qu'un pouvoir qui leur a été délégué par l'ordre souverain dont ils dépendent. La souveraineté serait la suprématie d'un ordre juridique, une qualité de l'ordre juridique suprême. C'est pourquoi Kelsen n'admet pas la souveraineté attribut de l'Etat et il écrit : « Dire que l'Etat a, ou bien est la force suprême n'a pas de sens. Il est au contraire possible d'affirmer qu'il est l'ordre normatif suprême, même si cette proposition est discutable » (2).

Et si la souveraineté est considérée comme étant la propriété

(1) KELSEN, *Allgemeine Staatslehre*, p. 106.

(2) KELSEN, *Les Rapports de système entre le Droit interne et le Droit international public*, *Recueil des cours de l'Académie*, 1926, T. XIV, p. 255.

fondamentale de l'Etat, cela veut dire « qu'un ordre en tant qu'ordre juridique ne peut avoir de validité, qu'autant que moi, l'observateur, le préétablit, comme étant l'ordre suprême qui ne peut être déduit de plus loin ; c'est cela et rien d'autre que signifie « souverain » (1).

La souveraineté peut être attribuée aussi bien à l'ordre juridique intérieur qu'à celui du droit des gens. Il va de soi que tous les ordres juridiques tirent leur validité de l'ordre souverain auquel ils peuvent être ramenés. On peut dire que « la souveraineté servirait de principe synthétique pour établir la hiérarchie des différents systèmes ou ordres du droit positif et pour introduire l'unité, par le choix d'une valeur commune, dans l'objet de la science juridique. Comme la tâche principale de toute science est d'introduire de l'unité dans la matière qu'elle s'est donnée comme objet, il est clair que la souveraineté est un instrument indispensable de la science juridique » (2).

SECTION II. — LA SOUVERAINETÉ DE L'ETAT

Quand nous disons la souveraineté de l'Etat, il ne faut pas oublier que dans la doctrine de Kelsen l'Etat est identifié avec le droit. Souveraineté de l'Etat, souveraineté de l'ordre juridique étatique, les deux notions signifient la même chose. Et c'est seulement ainsi qu'il est possible de présenter cette hypothèse comme l'opposé de celle de la souveraineté du droit des gens.

Si l'on accepte la primauté du droit étatique, on arrive forcément à la souveraineté d'un seul Etat. En ce cas il ne faut pas chercher le principe de la validité en dehors de l'Etat. La validité est fondée

(1) KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 14.

(2) JAEGER, *Le Problème de la Souveraineté dans la doctrine de Kelsen*, p. 72.

sur la norme originaire hypothétique, qui ne fait pas partie du système du droit positif, mais lui sert de fondement. Elle est pré-établie pour fonder l'unité des normes positives, qui toutes ensemble, forment la pyramide du système juridique universel. « La théorie de la souveraineté de l'Etat ainsi entendue... conduit... à cette conséquence qu'un seul Etat peut avoir le caractère d'entité juridique suprême, que la souveraineté d'Etat est incompatible avec celle de tout autre Etat et exclut par conséquent l'existence d'un autre Etat en tant qu'ordre souverain » (1).

Il n'en pourrait être autrement, étant donné qu'en ce cas l'ordre juridique étatique embrassant l'ensemble du droit exige l'existence d'un seul Etat souverain. Les autres ordres juridiques, en tant qu'ordres partiels, lui sont subordonnés, sans avoir les qualités de l'Etat. Ils ne sont que des subdivisions de l'ordre étatique souverain, et non pas des ordres indépendants. L'hypothèse de la souveraineté de l'ordre étatique exclut l'idée de la communauté d'Etats égaux.

Étant donné que l'unité du système juridique universel est une nécessité chez Kelsen, elle ne peut être réalisée dans cette hypothèse qu'en faisant dériver tout le droit du droit étatique, à la base duquel est la norme originaire et de laquelle tous les autres ordres juridiques tirent leur validité. Ils rentrent dans le système juridique universel par la délégation qui leur est accordée par l'Etat souverain. En ce cas, le droit des gens n'est qu'une subdivision du droit étatique, il devient, comme Kelsen l'appelle, un « droit public externe », sans avoir une valeur indépendante, car ce serait en contradiction avec la souveraineté de l'Etat et incompatible avec l'unité de l'ordre juridique.

Il s'en suit que le droit des gens restant une partie du droit étatique ne peut être considéré comme un droit international, car

(1) KELSEN, *Les Rapports de système entre le Droit interne et le Droit international public*, *Recueil des Cours de l'Académie*, T. XIV, p. 259.

il dépasserait alors la législation nationale. Il ne sera donc qu'un droit entre les nations, englobé dans le droit étatique qui réglemente les rapports entre les différents ordres juridiques.

Le droit des gens ne serait donc en ce cas un droit au-dessus des nations, et par conséquent on n'aurait accompli aucun progrès par rapport au passé. La souveraineté de l'Etat est inconciliable avec la validité du droit des gens.

SECTION III. — LA SOUVERAINETÉ DU DROIT DES GENS

Tout ce qui a été dit sur la primauté du droit des gens s'applique aussi à cette seconde hypothèse, étant donné que la primauté d'un ordre juridique signifie sa souveraineté absolue. Dans l'hypothèse de la primauté du droit des gens, la notion de la souveraineté de l'Etat, au sens formel du mot, ne peut avoir aucune place. L'ordre juridique international étant l'ordre souverain, il est incompatible avec la souveraineté étatique, car elle suppose, par sa nature, qu'au-dessus de l'Etat national n'existe aucune puissance qui pourrait lui imposer sa volonté.

Bien que certains auteurs, tout en acceptant et poursuivant l'idée d'un droit des gens supérieur au droit interne, essaient de sauver — pour des raisons politiques et non pas juridiques — la notion de la souveraineté de l'Etat, en lui attribuant des compétences ne pouvant être entamées sans le consentement de l'Etat lui-même, Kelsen considère ce problème comme n'ayant rien à voir avec la notion véritable et originaire de la souveraineté et par conséquent parfaitement conciliable avec la primauté du droit des gens. Ces compétences, ces attributions ne seraient d'après Kelsen qu'une puissance juridique qui est conférée à l'Etat par le droit des gens (1). « De même que la théorie de la primauté du droit interne ne permet pas de concevoir la coexistence d'Etats

(1) Cf. Kelsen, *op. cit.*, p. 312.

coordonnés et égaux en droit, ni d'établir l'impossibilité pour l'Etat de se libérer par un changement de constitution, c'est-à-dire unilatéralement des obligations internationales qu'il a conventionnellement assumées, ni de démontrer que l'Etat ne peut se placer en dehors de la communauté juridique internationale, ni qu'un Etat est lié par les normes générales du droit commun international sans son consentement, ni enfin de maintenir l'identité de l'Etat en cas de révolution, de même les partisans de la primauté du droit international doivent abandonner sans réserve ni espoir de retour l'idée de la souveraineté au sens véritable et originaire du mot » (1).

Arrivés au terme de notre exposé de la théorie générale de droit de Kelsen et de sa conception sur le droit des gens, la conclusion qui s'en dégage peut être résumée ainsi : dans la doctrine de Kelsen, le système juridique universel est composé de normes. Ces normes sont parfois subordonnées, parfois superordonnées les unes aux autres, formant une pyramide au sommet de laquelle se trouve la norme originaire hypothétique. Dans cette pyramide les normes forment différents ordres juridiques, qui sont des ordres juridiques partiels du système juridique universel. L'unité du système juridique universel est réalisée toujours par la norme originaire hypothétique, qui est à la base de l'ordre juridique suprême, qui peut être, au choix, soit l'ordre étatique, soit l'ordre international. Du point de vue théorique et juridique, les deux constructions sont également possibles, mais par des considérations éthico-politiques, Kelsen incline vers la primauté du droit des gens. La conséquence du fait que Kelsen identifie l'Etat avec le droit et qu'il admet la primauté du droit des gens, est que les Etats n'ont pas de souveraineté ; ils ne sont que des ordres partiels du système juridique universel, et des ordres délégués du droit des gens, qui est le seul ordre absolument souverain.

(1) Kelsen, *op. cit.*, p. 313.

TITRE IV

Les Elèves de Kelsen

CHAPITRE PREMIER

Verdross

C'est en 1914 que Verdross écrivit un article dans la *Zeitschrift für Völkerrecht* intitulé « Zum Konstruktion des Völkerrechts » (Contributions à la construction du droit des gens), dans lequel il expose pour la première fois sa conception du système juridique universel en général et sur le droit des gens en particulier. Par cet article, et par les ouvrages qui le suivirent plus tard, Verdross se montre comme un élève de Kelsen et devient un des plus marquants représentants de l'Ecole viennoise. Par ses écrits, il continue et développe le système kelsenien en lui apportant quelques modifications. Si Kelsen prétend être positiviste par excellence en se proposant de n'étudier que le droit positif, Verdross est encore plus positiviste que son maître. Il se propose de traiter d'une vraie théorie positiviste (1). Pour cela, il essaie de mettre en concordance ses énoncés théoriques avec la pratique, ou pour mieux dire, il appuie sa théorie sur le droit positif existant. Il veut mettre à la base de son système les faits positifs de la théorie juridique, et au

(1) Cf. VERDROSS, *Die Einheit des Rechtlichen Weltbildes*, p. 8.

lieu d'opérer avec des notions théoriques et aprioriques il se base sur l'expérience juridique. Les textes en sont le point de départ et c'est de là qu'il tire ses conclusions et forme sa théorie. Il préconise la primauté du droit des gens sans donner la possibilité — à la façon de Kelsen — de choisir entre celle-ci et entre la primauté du droit étatique. La norme fondamentale n'est plus une norme hypothétique, mais elle est une norme réelle qui se concrétise dans la formule « *pacta sunt servanda* ». Tels sont en lignes générales les points qui séparent les deux doctrines. Mais ces points constituent en même temps des points de ressemblance : les deux auteurs sont positivistes, ils admettent la primauté du droit des gens et la norme fondamentale existe chez l'un comme chez l'autre. Il faut ajouter encore le caractère normatif de la science du droit et l'unité du système juridique universel ayant à sa base la norme fondamentale.

SECTION I. — LA NORME ORIGINNAIRE « *PACTA SUNT SERVANDA* »

La science juridique étant une science normative, elle s'occupe essentiellement de normes. L'ordre juridique universel, d'après Verdross, est composé de normes. Mais il se demande comment cette pluralité, cette multitude de normes peuvent former un seul ordre. La réponse est la même chez les deux auteurs. Cette unité est possible, si « une norme dépend d'une autre, ou si plusieurs normes dépendent d'une seule norme, commune à toutes les autres. Cette dépendance consiste exclusivement en ceci, qu'une norme renvoie à une ou plusieurs autres normes, une norme délègue l'autre ou les autres. La relation des normes juridiques est donc... une relation par délégation. Le rang de chaque norme est déterminé dans le système juridique suivant la distance à laquelle

elle se trouve de la norme suprême : « Quot delegationes tot gradus » (1).

Verdross applique ce résultat à l'ordre juridique international et dit qu'il « peut être question d'un ordre juridique unitaire international si toutes les normes du droit des gens présentent... une relation par délégation... » (2). Pour cela il faut qu'il y ait une norme fondamentale. Ainsi, « le problème du caractère unitaire du droit des gens existe ou tombe avec le problème de la norme fondamentale internationale » (3). C'est donc le problème du fondement du droit des gens, c'est-à-dire le problème de la base de validité du droit des gens qui se pose.

Avant d'entamer la question de la norme fondamentale, Verdross critique et rejette les théories qui donnent comme fondement au droit des gens l'auto-obligation ou la volonté commune des Etats. Nous n'exposerons pas cette critique, mais renvoyons aux §§ 5 et 6 de son livre « Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft ».

Pour examiner ce qu'est la norme fondamentale, Verdross commence par remarquer que si le positivisme accepte la déclaration de volonté comme la source suprême du droit, ce n'est pas sans reconnaître qu'une déclaration de volonté par elle-même ne peut être considérée comme la source suprême du droit, car elle n'est qu'un fait, qui ne peut former la base des normes objectivement valables. Il examine ensuite ce que sont les normes positives. Pour cela il cite Bergbohm (4) qui dit : « pour qu'une... norme ou règle puisse être du droit positif... la condition indispensable est que la... qualité de droit lui soit accordée par un pouvoir compétent et par un procédé adéquat et perceptible, ce qui appartient à l'histoire et est la source formelle de la norme respective ».

(1) VERDROSS, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 11 et 13.

(2) *Id.*, *op. cit.*, p. 12.

(3) *Id.*, *op. cit.*, p. 12.

(4) BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, p. 540.

A ce sujet Kelsen pose la question suivante : « Oui, mais quand un pouvoir normatif est-il un pouvoir compétent ? Là est la question, car les normes ne sont des normes positives que parce que ce pouvoir est juridiquement compétent pour les former. Mais la compétence n'est pas reconnaissable par les faits du passé historique » (1). C'est pour cela que Kelsen introduit dans le système juridique la norme fondamentale qui accorde à ce pouvoir la compétence nécessaire pour établir des normes positives objectives. C'est cette norme qui donne la faculté à l'organe suprême, monarchique, chef d'Etat ou tout autre facteur constitutionnel, d'établir des normes, étant ainsi la dernière autorité pour leur création. « Même les organes suprêmes qui créent les normes ne sauraient... créer des normes originaires, primaires, mais seulement des normes secondaires, car la norme suprême, la norme originaire... doit être préétablie pour être à la base de l'acte de l'organe suprême » (2). La norme fondamentale a une importance spéciale chez Verdross, car il n'admet pas plus que Kelsen d'ailleurs, l'auto-obligation ou la théorie de Triepel de la volonté commune des Etats comme fondement du droit des gens. Pour Verdross il n'existe pas d'autorité juridique au-dessus des Etats : chaque norme du droit des gens naît par la volonté tacite ou expresse des Etats, par la coutume ou par le contrat. Mais ces ententes ne deviennent pas par elles-mêmes des normes juridiques. Ce sont seulement des négociations sans effet juridique aucun. Ces ententes auront de l'effet et seront juridiquement obligatoires, seulement si elles ont à leur base une norme juridique qui leur confère la qualité d'obligation juridique et qui oblige les Etats au respect de l'engagement pris. Puisque chaque entente suppose la préexistence de cette norme originaire, celle-ci ne peut pas être créée par l'action commune des Etats, mais elle doit être préétablie.

(1) KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 89.

(2) VERDROSS, *op. cit.*, p. 21.

Quelle est la nature de cette norme fondamentale ? Verdross distingue ici deux réponses possibles : une qui est provisoire, qui est celle du juriste et qui a comme point de départ le point de vue positiviste, la deuxième est celle du philosophe du droit qui est basée sur la connaissance. Le juriste qui se base sur le droit positif « ne peut que reconnaître que pour la création des normes positives une norme au-dessus du positivisme est nécessaire, car les déclarations de volonté des organes juridiques deviennent des normes seulement si cela est exigé par une norme non établie : aies la conduite qui t'est prescrite par certains hommes ou celle qui est réclamée par un certain usage. Le positivisme du droit est donc poussé, pour se rendre possible, à préétablir une norme non établie qui est pour lui seulement une base *hypothétique* pour la création du droit positif..., de laquelle il ne peut plus rien dire ».

Ainsi « pour le philosophe se pose... la question de l'origine... Celle-ci reçoit des réponses différentes... selon qu'on juge que la raison crée les objets, par ses catégories, ou qu'on admet que la pensée trouve les objets formés d'après les catégories. Dans le premier cas la norme fondamentale reste pour le philosophe une hypothèse que la pensée scientifique établit spontanément, pour créer l'objet droit ». En ce sens écrit Kelsen : « La norme fondamentale ou originaire — comme hypothèse — doit être introduite par la théorie du droit, pour embrasser le droit tout entier, pour englober les actes juridiques en tant que faits dans un seul système « droit ». A cette norme fondamentale il ne peut être demandé rien de plus » (1).

Mais Verdross ne se contente pas de cette norme hypothétique et fait remarquer que « si la norme originaire ne doit être — non seulement provisoirement et pour le juriste, mais définitivement et pour le philosophe du droit — qu'une simple création de la pensée,

(1) VERDROSS, *op. cit.*, p. 22 et 23.

une hypothèse originaire scientifique qui n'a pas une existence objective, elle peut servir pour reconnaître un ordre juridique positif ayant une validité fictive, mais jamais elle ne pourra servir pour reconnaître la validité objective de cet ordre. Cela n'est possible que si la norme originaire est conçue comme une norme objective, comme une valeur *objective* que la pensée trouve pré-établie, qui a donc de la validité indépendamment du fait qu'elle est créée par la pensée ou non, qu'elle la connaît ou l'ignore. Si l'on confère au droit positif une validité normative objective, le droit doit être ancré par l'intermédiaire de la norme originaire dans le domaine objectif des valeurs » (1).

En reconnaissant ainsi l'existence effective de la norme originaire, Verdross pose la question du contenu de cette norme, qui confère aux Etats le pouvoir de conclure des traités, au législateur celui d'établir des lois, et oblige les Etats au respect des traités et ceux qui sont soumis aux lois, au respect de celles-ci. Sur ce point, la différence entre la conception de Verdross et celle de Kelsen est essentielle : tandis que Kelsen ne s'occupe pas du contenu de la norme originaire qui pour lui n'est qu'hypothétique, Verdross la conçoit comme un fait réel, dont le contenu est déterminé par la formule « *pacta sunt servanda* ».

Cette norme fondamentale de Verdross a été l'objet de différentes critiques. Nous allons mentionner celles qui sont les plus fréquentes : que la formule « *pacta sunt servanda* » ne peut servir comme règle fondamentale du droit des gens tout entier, car, outre le droit conventionnel qu'elle est à même de régler, le droit des gens comprend aussi le droit coutumier à la base de laquelle elle ne saurait exister ; qu'elle ne se réfère pas à la conclusion même des contrats, mais qu'elle suppose l'existence préalable des contrats valablement conclus ; que de cette formule on ne peut déduire les

(1) VERDROSS, *op. cit.*, p. 23.

conditions de conclusions des contrats (1) et finalement que tous les actes internationaux ne peuvent être ramenés à l'idée de « *pacta sunt servanda* » (2).

Comme on s'en rend compte, toutes les critiques s'adressent à la formule « *pacta sunt servanda* », prise dans son sens le plus étroit. Si Verdross lui attribuait ce sens étroit, les critiques seraient à notre avis parfaitement justifiées.

Mais nous croyons qu'il voit dans la maxime « *pacta sunt servanda* », qui est trop étroite dans son acception habituelle pour former la base du système juridique tout entier, autre chose qu'une simple formule qui pourrait régler le droit conventionnel et seulement ce droit. Nous citons Verdross qui dit qu'elle « n'est donc... pas seulement une simple formule juridique, elle est également une règle éthique, c'est-à-dire une valeur *évidente* qui se dégage logiquement d'une règle absolue, par exemple de la norme « *sum cuique* » (3).

Qu'est-ce que cela veut dire exactement ? Que la norme fondamentale est l'expression de l'idée de justice qui a été formulée d'Ulpian, par la règle : « *Justitia est constans et perpetua voluntas sum cuique tribuendi* ». Si donc la norme fondamentale n'est autre chose que la forme juridique dans laquelle apparaît l'idée de justice, toutes les critiques doivent tomber, car « par son contenu, la norme fondamentale est ancrée dans le domaine objectif des valeurs, et par son contenu elle reçoit le pouvoir objectif et son caractère obligatoire » (4).

Voici un autre passage, où Verdross s'exprime dans ce sens : « le droit positif est... une valeur relative, qui change avec le déve-

(1) Cf. SPIROPOULOS, *Le Fondement du Droit international*, *Revue de Droit international*, 1929, p. 116 et suiv.

(2) Cf. MORGENTHAU, *De la Réalité des Normes*.

(3) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie* 1927, T. XVI, p. 286.

(4) FR. A. VON DER HEYDE, *Der Verpflichtungsgrund des Völkerrechts*, *Z. f. ö. R.*, T. XI, p. 535.

loppement de la civilisation, mais tout de même il est fondé sur la valeur *absolue* de l'idée de justice » (1).

Le fait, que les normes du droit positif ont leur origine dans la norme fondamentale qui est l'expression de l'idée de justice, est une preuve qu'il y a un rapport entre l'idée de justice et le droit positif. M. Le Fur a remarqué que le droit est la forme extérieure de l'idée de justice, comme l'objet d'art est l'expression idéale de la pensée artistique. Raffaël aurait été un grand artiste même s'il était venu au monde sans mains ; l'idée de justice existe même si elle ne peut pas être concrétisée par les hommes. Le droit est un commencement de cette concrétisation et se trouve dans un rapport étroit avec l'idée de justice, rapport qui se manifeste par la formule « *suum cuique* ».

Ce rapport est à la base « des principes généraux du droit » qui pour Verdross, forment la troisième source du droit des gens après le contrat et la coutume. Les principes généraux du droit sont les normes positives étatiques, communes aux Etats civilisés. Ce sont des principes juridiques, ils font partie du droit, parce que la conscience juridique des Etats les reconnaît comme étant conformes à l'idée de la justice.

Nous croyons avoir bien interprété la pensée de Verdross. A notre avis les critiques seraient justifiées s'il donnait à la règle « *pacta sunt servanda* » un sens étroit, d'après lequel elle ne contiendrait que des dispositions pour le droit contractuel, mais étant donné que Verdross comprend cette règle comme une extériorisation de l'idée de justice, les critiques que nous avons mentionnées doivent être écartées.

(1) FR. A. VON DER HEYDE, *op. cit.*, p. 236.

SECTION II. — LA CONSTRUCTION MONISTE DU SYSTÈME JURIDIQUE
UNIVERSEL ET LA PRIMAUTÉ DU DROIT DES GENS

Nous avons vu que pour réaliser l'unité du système juridique universel, Kelsen se sert de deux constructions : primauté du droit étatique ou primauté du droit des gens. Toutes deux sont des hypothèses qui n'ont pas de base positive mais sont purement théoriques et reposent sur la logique formelle.

Verdross réalise aussi dans son système l'unité de l'ordre juridique universel et il prend comme base le droit des gens. Sa construction se distingue cependant de celle de Kelsen, pour qui l'unité est logique et nécessaire, car dans le système de Verdross cette unité apparaît comme étant accidentelle et empirique. Merkl fait remarquer qu'en opposition avec la construction aprioristique de Kelsen, Verdross présente une analyse du droit positif, et en se servant de la méthode empirique a conclu à l'unité du système juridique tout entier. Il ajoute que la nouveauté et le mérite de Verdross consistent dans le fait d'avoir montré que cette affirmation de l'unité du système juridique tout entier, à la base duquel se trouve le droit des gens et où tous les ordres juridiques ont leur point de départ, autrement dit où tout le droit interne a son point culminant, n'est pas tout simplement un jugement aprioristique, mais que cette unité a un caractère accidentel et positiviste et n'est pas d'une nécessité théorique. En continuant, il dit que beaucoup d'auteurs essaient de prouver la supériorité du droit des gens et l'unité du monde juridique universel par le fait que le droit des gens aurait ce caractère en raison de sa plus grande étendue et parce que dans un certain sens il coïnciderait avec la totalité des ordres juridiques étatiques limités. Mais d'après Merkl, toutes ces constructions doivent échouer devant la critique et le système de Verdross. L'argumentation de Verdross ne peut pas être rejetée et

ainsi apparaît, dit-il en citant Verdross, « que le système juridique unique, qui embrasse tous les ordres juridiques étatiques, devient d'un simple postulat une réalité juridique » (1).

Walz appelle le monisme de Verdross, « monisme revisionniste » en l'opposant au monisme absolu de Kelsen. Il remarque que Kelsen pose le problème au point de vue méthodique et que son monisme est théorique, tandis que Verdross « annonce la primauté de la science juridique objective, à laquelle la théorie doit s'attacher seulement en tant que système secondaire » (2).

Comment Verdross arrive-t-il à réaliser la construction moniste du système juridique universel mettant à sa base le droit des gens ? Il se sert comme point de départ de la théorie de Triepel, qui admet que le droit des gens est un droit super-étatique, ce qui signifie que les Etats lui sont subordonnés, « car à chaque ordre supérieur correspond un ordre inférieur. Seulement, par cette subordination des Etats au droit des gens, celui-ci peut leur être super-ordonné » (3). Mais Verdross considère cette sub — et super-ordination juridique comme l'extériorisation du fait qu'un ordre délègue l'autre et le transforme dans une certaine mesure en un ordre partiel. Puisque le droit des gens est un ordre super-étatique, il ne peut résulter de ceci que les différents ordres juridiques étatiques n'en sont que des ordres partiels. Ainsi, dit Verdross, « il suffit de continuer l'idée de Triepel, pour avancer vers l'unité du système juridique universel, vers l'unité du droit des gens et du droit étatique ayant comme base la norme fondamentale juridique internationale » (4).

Après avoir fait la critique du système dualiste, que nous n'exposerons pas ici (5), Verdross conclut qu'il ne peut pas résister à un

(1) Cf. MERKL, *Das Problem der Rechtskontinuität*, Z. f. ö. R., T. V, p. 499 et suiv.

(2) WALTZ, *Zum Problem der « monistischen » oder « dualistischen » Konstruktion*, Z. f. ö. R., T. X, p. 553.

(3) VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 33.

(4) Id., *op. cit.*, p. 34.

(5) Voir id., *op. cit.*, § 12, 1, p. 34-38.

examen profond et que la grande erreur de ce système est de donner un caractère absolu à une différence seulement relative qui existe entre le droit étatique et le droit des gens. Mais il tient à remarquer que « l'unité du système ne signifie nullement l'effacement de la différence, mais tout simplement sa relativisation et de ce fait, à l'intérieur de cette unité, la pluralité demeure intacte » (1).

A l'examen approfondi de l'unité du droit des gens et du droit étatique, Verdross envisage deux possibilités de réalisation : soit, en prenant le droit étatique comme point de départ, il reste à démontrer que le droit des gens qui en fait partie n'est pas en contradiction avec le droit interne qui est l'ordre supérieur, ou bien alors, en déduisant les ordres juridiques nationaux du droit des gens, ce qui signifie la primauté de celui-ci. La possibilité du premier cas est complètement exclue pour Verdross, car la primauté du droit étatique aurait comme conséquence le fait que « l'Etat national devient l'Etat unique, le droit national le droit unique et le droit des gens le droit national de cet Etat unique ». Il est donc impossible d'en sortir, car « tout ce qui est en relation avec lui (avec le droit étatique) (2), doit se transformer... en un ordre partiel » (3).

En écartant cette alternative, les relations entre les Etats deviennent possibles seulement par leur subordination au droit des gens. En ce cas, les Etats deviennent de simples membres de la communauté internationale. Cette communauté est fondée par la norme fondamentale « *pacta sunt servanda* ». De tout ceci il « résulte que le droit des gens n'est pas un droit « entre les Etats », un droit « international », mais un droit super-étatique, un droit « *supernational* » (4).

(1) VERDROSS, *op. cit.*, p. 38

(2) Notre parenthèse.

(3) Id., *op. cit.*, p. 39.

(4) Id., *op. cit.*, p. 40.

Mais il ne faut pas en déduire que les Etats n'ont plus leur vie propre, qu'ils sont « atomisés » et que les hommes deviennent membres d'un Etat mondial. Au contraire, les Etats gardent leur indépendance relative et continuent à être des communautés juridiques autonomes.

La construction du système juridique universel chez Verdross est, à peu de chose près, la même que chez Kelsen. Au sommet de la pyramide juridique se trouve la norme fondamentale et toutes les autres normes sont avec elle en rapport de délégation, occupant chacune une place dans cette hiérarchie. Dans un rapport direct de subordination avec la norme fondamentale se trouve l'accord international, qui revêt soit la forme expresse et alors c'est le traité, ou bien la forme tacite et alors c'est la coutume. Comme troisième source du droit des gens, Verdross donne les principes généraux du droit. Mais toutes ces normes n'ont aucun sens par elles-mêmes si on ne les met pas en rapport avec les normes inférieures, mais qui sont indispensables, car c'est par celles-ci que celles-là seront réalisées. En ce qui concerne cette réalisation, elle se fait de deux façons différentes : ou bien directement par des organes de la communauté internationale, ou bien indirectement par les Etats eux-mêmes, ayant reçu la délégation nécessaire.

Le traité, la coutume et les principes généraux du droit, ce cercle juridique super-étatique, Verdross le nomme la « constitution du droit des gens ». Il se trouve au-dessus de la constitution des Etats.

Mais la constitution du droit des gens ne règle pas toutes les questions. Elle laisse aux constitutions étatiques le soin de fixer les organes qui seront appelés à contribuer à la collaboration pour développer le contenu du droit des gens. Ainsi la constitution du droit des gens n'est pas indépendante des Etats, mais au contraire elle inclut en quelque sorte les constitutions étatiques et elle fonctionne par l'intermédiaire de ces constitutions. « Ainsi les Etats

sont des organes du droit des gens » (1) ce qui veut dire « que cette constitution n'est pas seulement celle du droit des gens, mais à la fois et indirectement la constitution des ordres juridiques étatiques... et par là la constitution du système juridique unitaire » (2). En effet, il ne faut pas oublier que c'est le droit des gens qui limite la compétence territoriale et matérielle des Etats, ce qui comporte une réglementation d'un double point de vue : « l'une a comme objet de fixer le terrain de la compétence étatique, et l'autre a comme but de déterminer les questions qui doivent former l'objet d'une réglementation dans le cadre du droit des gens. Ainsi, même la compétence « intérieure » de l'Etat se base finalement sur le droit des gens » (3).

En résumé : « le droit international prime le droit interne. Dès qu'une matière rentre dans la compétence internationale, le droit interne doit se conformer à la règle internationale. Il existe donc un double droit interne : un droit interne autonome, portant sur les matières rentrant dans le domaine réservé à l'Etat, et un droit interne hétéronome visant l'application des règles internationales. Pour le droit interne autonome, l'Etat est absolument libre, irresponsable, souverain, alors que pour le droit international il est lié, responsable, tenu de se conformer au droit international dont l'application lui incombe » (4).

La primauté du droit des gens ainsi établie, Verdross rejette toutes les critiques opposées à cette conception. Contre la primauté du droit des gens, dit-il, il n'y a qu'une seule objection à faire : que les Etats ont existé avant le droit des gens, donc qu'ils ne peuvent pas en dépendre juridiquement. Mais, remarque-t-il, c'est plutôt un argument historique et non pas juridique. Une

(1) VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 127.

(2) Id. *op. cit.*, p. 127.

(3) Id. *op. cit.*, p. 128.

(4) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, Recueil des Cours de l'Académie, 1937, T. XVI, p. 42.

vérité historique ne peut p  s renverser une réalité juridique. Il invoque l'exemple de la Bavière, de la Prusse et d'autres provinces allemandes, qui historiquement ont existé avant l'Allemagne d'aujourd'hui et malgré cela, lui sont actuellement subordonnées, et tirent leur compétence de la constitution du « Reich ». La même chose se passe avec les Etats qui sont subordonnés aujourd'hui à la constitution du droit des gens, ce qui résulte du fait qu'ils n'ont que la compétence accordée par le droit des gens, « même si elle est si large qu'on l'appelle souveraineté » (1).

En résumé, on peut dire que Verdross soutient la primauté du droit des gens pour deux raisons : premièrement parce que la primauté du droit étatique conduit à des conséquences qui non seulement sont inadmissibles mais sont contraires à l'Etat de fait actuel, et deuxièmement parce que le droit des gens est basé sur l'idée de justice. Or, la primauté du droit étatique est contraire à cette idée de justice, qui est concr  t  s  e dans la norme « pacta sunt servanda » (2).

Verdross n'admet pas le choix entre la primauté du droit étatique et celle du droit des gens et s'écarte sur ce point de la théorie de Kelsen. On affirme (3) que Verdross refuse de permettre le choix pour des considérations politiques et morales et non pas pour des raisons juridiques. Nous croyons, au contraire, que Verdross est plutôt guidé par des considérations juridiques, si l'on tient compte que la norme « pacta sunt servanda », c'est-à-dire « suum cuique »..., est l'idée même de la justice suprême.

Pour Verdross cette idée est une valeur objective et non pas un simple postulat moral. C'est donc sur la justice qu'il base la primauté du droit des gens et non pas sur des raisons politiques et

(1) VERDROSS, *Die Einheit des Rechtlichen Weltbildes*, p. 128.

(2) Cf. VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie*, T. XVI, p. 286.

(3) AKZIN, *L'Ecole autrichienne et le Fondement du Droit des Gens*, *Revue de Droit international*, 1927, p. 352.

morales. Il s'exprime en ce sens : « Le sentiment de la justice... varie selon les personnes et les périodes de l'histoire... cela n'empêche pas du tout que la justice comme telle, soit une valeur objective et absolue, dépendante de la volonté et du sentiment des hommes, car ce n'est pas l'homme qui crée les règles de la justice, il ne peut que les constater. Ces principes existent dans une sphère idéale, comme les vérités mathématiques qui de même sont absolument indépendantes du fait de leur connaissance ou reconnaissance par les hommes. On doit par conséquent distinguer nettement les règles objectives de la justice idéale du sentiment de la justice qui n'est qu'un moyen pour les reconnaître » (1). Suivant cette pensée, Verdross nie la possibilité du choix entre la primauté du droit des gens et la primauté du droit étatique, « car la justice universelle s'oppose à la primauté du droit national, qui n'est autre chose que la négation du droit dans le domaine international » (2). La primauté du droit des gens est la seule construction qui puisse donner satisfaction à une idée de justice absolue.

En examinant la place du droit international dans l'ordre juridique unitaire et universel, Verdross arrive à une conclusion qui diffère en quelque sorte de la théorie kelsenienne sans cependant qu'il en résulte une modification dans la réalisation de l'unité du monde juridique sur la base de la primauté du droit des gens. Verdross soutient notamment, que le droit des gens ne présente pas une unité distincte des ordres juridiques étatiques : on ne peut pas dire d'après lui, que c'est là que s'arrête le droit des gens et qu'au delà commence le droit étatique comme c'est le cas dans la théorie de Kelsen. La limite entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international n'est pas nette : d'après Verdross il y a une zone où les deux ordres se pénètrent. Les normes qu'il a

(1) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international, Recueil des Cours de l'Académie*, 1927, T. XVI, p. 284.

(2) Id., *op. cit.*, p. 286.

nommées « constitution du droit des gens » se trouvent au-dessus des constitutions étatiques et le reste du droit des gens consiste plutôt dans la réalisation des principes prévus par la constitution du droit international. « Entre la constitution du droit des gens et les autres normes internationales se placent les constitutions étatiques » (1). En résumé, pour Verdross, le droit des gens n'est pas un ensemble qui se trouve au-dessus ou au-dessous des ordres juridiques étatiques.

SECTION III. — L'ÉTAT ET SA SOUVERAINETÉ

Verdross soutient que l'Etat n'est autre chose qu'un ordre juridique et dit : « Les Etats... ne sont pas les derniers *ordres partiels* de la construction hiérarchique du droit... » (2). A notre sens, l'Etat étant un ordre partiel de l'ordre juridique, l'Etat lui-même doit être un ordre juridique.

Néanmoins, Verdross ne va pas aussi loin que Kelsen dans l'identification de l'Etat avec le droit. Pour Kelsen, la science juridique appartient aux sciences normatives, donc au domaine du devoir-être. Mais étant positiviste, il faut, pour que le droit ne perde pas son caractère positif qu'il soit en rapport avec le monde réel, avec le domaine de l'être. Ce rapport se traduit dans une tension (*Spannung*) qui ne doit dépasser ni un maximum, car alors le droit perdrait son caractère de légalité propre, immanente, ni un minimum, car alors il ne refléterait pas la réalité, et perdrait son caractère positif. Tout en laissant cette marge, où le droit est en contact avec la réalité, Kelsen « n'a pas réussi, dit Verdross, à identifier l'Etat et les autres communautés juridiques avec le

(1) VERDROSS, *Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 134.

(2) VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 118.

droit » (1). Il estime qu'il est « nécessaire de faire une différence entre les normes juridiques et les actions prévues pour leur réalisation » ... « Si donc on ne veut pas dire que le droit est un système de normes et des faits qui leur correspondent, ...ce qui obscurcit le caractère normatif du droit, il s'impose de désigner comme ordre juridique la totalité de certaines normes, et comme communauté juridique la totalité des actions réglementées par l'ordre juridique... » (2). « De ce point de vue, l'ordre juridique ne s'identifie pas avec la communauté juridique », bien qu'ils soient inséparablement liés. Car la positivité du droit « consiste justement dans sa réalisation graduelle par des actes juridiques effectivement institués tandis que la communauté juridique est constituée seulement par l'ordre juridique » (3).

Il en résulte que pour Verdross, l'Etat est un ordre juridique, mais l'Etat n'est pas complètement identifié avec le droit. Il contient aussi un autre élément, institué par l'ordre juridique qu'il nomme communauté juridique et qui réalise les prescriptions de cet ordre juridique.

Tout cela concernait la notion juridique intrinsèque de l'Etat. Mais Verdross a envisagé l'Etat non seulement en tant que conception du contenu des normes juridiques mais aussi l'Etat pris dans le « sens du droit des gens ». Kunz dit que c'est son mérite, en allant plus loin sur le chemin indiqué par Kelsen, et d'avoir montré qu'il y a dans le droit des gens une norme qui détermine l'Etat dans le sens du droit des gens, et d'avoir prouvé par la méthode positiviste qu'elle s'est développée par la pratique des Etats. Ainsi, d'après Verdross, l'Etat, dans le sens du droit des gens est un état de fait juridique international, déterminé et réglé par les normes

(1) VERDROSS, *op. cit.*, p. 5.

(2) *Id. op. cit.*, p. 6.

(3) *Id.*, *op. cit.*, p. 6.

positives du droit des gens (1). D'après le droit coutumier international, l'Etat est « avant tout une communauté juridique *indépendante*, c'est-à-dire une communauté dont l'existence n'est pas en fonction d'un autre ordre juridique étatique mais se trouve soumise directement à l'ordre juridique international et comme telle, pourvue d'une autonomie constitutionnelle. D'autre part, il ne suffit pas que des normes générales (constitution et lois) soient exercées, mais il est indispensable qu'elles soient réalisées par des actes individuels (sentences, exécutions) des organes respectifs... » (2).

En bref, Verdross a traité l'Etat de deux points de vue : au point de vue de son concept juridique intrinsèque et « dans le sens du droit des gens ». En ce qui concerne la première thèse, nous avons vu la différence entre lui-même et Kelsen. Pour la deuxième thèse, nous remarquons encore une fois que cette idée de l'Etat dans le sens du droit des gens se trouvait déjà chez Kelsen (3), et Verdross a eu le mérite de l'approfondir.

Au point de vue d'ordre juridique international, Verdross remarque, que les Etats n'en sont pas « les éléments uniques, mais les plus importants, car la plus grande partie des conventions internationales est faite par les organes de deux ou plusieurs Etats, ainsi que le droit des gens s'est formé et développé particulièrement par leur action commune et continue » (4).

En ce qui concerne la souveraineté, Verdross, comme Kelsen, admet la souveraineté du droit.

Pour Kelsen, un fait n'est un acte juridique que s'il est considéré comme tel par le droit, c'est-à-dire par une norme. Autrement

(1) Cf. VERDROSS, *op. cit.*, p. 130.

(2) Id., *op. cit.*, p. 130-131.

(3) Voir : KELSEN, dans *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, p. 231.

Id. *Soziologischer und juristischer Staatsbegriff*, p. 104-105.

Id. *Allgemeine Staatslehre*, p. 127.

(4) VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 118.

dit, un fait n'est relevant au point de vue juridique que s'il est prévu par une norme juridique. En appliquant cette idée à la souveraineté, Verdross arrive à la conclusion suivante : « la puissance mondiale souveraine ne peut pas servir comme origine du droit des gens, car *l'état de fait* « puissance mondiale » n'est un organe établissant le droit, que si une norme est pré-établie qui est à la base de cette qualification. Puisqu'il faut *prendre* comme point de départ le *droit*, la « souveraineté » de la « puissance mondiale » doit tomber comme doit tomber également celle de la « puissance étatique », et sur leur ruine s'élève triomphalement la souveraineté du droit » (1).

Mais avec cette théorie, la question de la souveraineté n'est pas encore définitivement résolue, car il faut aussi savoir quel est l'ordre juridique qui sera déclaré souverain. C'est encore la primauté du droit des gens et du droit étatique qui se pose. La conception originale de Verdross et celle de Kelsen sont identiques. Verdross l'a exposé en 1914 dans l'article déjà cité (2), et à ce moment là il laissait le choix libre entre la primauté du droit des gens et celle du droit étatique, car il n'est pas possible de « prouver » si c'est au droit des gens ou si c'est au droit étatique que la primauté doit revenir. D'autre part, le point de vue que l'on admet dépend de l'observateur ; c'est lui qui décide s'il accepte comme souverain le droit des gens ou le droit étatique « étant donné que la souveraineté ne signifie pas une qualité réelle, physique ou psychique ...qui peut être observée empiriquement par la méthode inductive... mais une acceptation de la pensée, une notion préétablie par la raison de l'observateur du droit ou de l'Etat » (3). Sa conception d'aujourd'hui est que le choix est exclu en faveur du droit des gens qui seul doit être considéré comme souverain.

(1) VERDROSS, *Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 11.

(2) *Zeitschrift für Völkerrecht*, 1914, zur Konstruktion des Völkerrechts.

(3) VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, p. 12.

Verdross ne reconnaît à la souveraineté de l'Etat que le sens qu'elle avait dans l'ancienne doctrine du droit des gens. La souveraineté selon lui est précisément la compétence particulière que les Etats possèdent en vertu du droit des gens. Elle est « l'expression de sa dépendance directe de l'ordre juridique international » (1). L'Etat est subordonné au droit des gens, mais il est libre et autonome dans les limites que lui laisse le droit international : cette liberté de se mouvoir dans les limites du droit des gens c'est sa souveraineté, la souveraineté de l'Etat. Sauf pour les matières réglées par une convention ou coutume internationale, l'Etat reste libre, indépendant et irresponsable devant la communauté des Etats.

La souveraineté de l'Etat est la compétence conférée *directement* par le droit des gens. C'est pourquoi Verdross distingue deux catégories de communautés : les unes sont subordonnées immédiatement au droit des gens, tandis que les autres sont « enclavées » dans un Etat. Etant donné que les premières dépendent directement du droit des gens, leur compétence est basée aussi sur le droit des gens, tandis que la compétence des autres est subordonnée au droit étatique. « Les Etats souverains ne diffèrent des communautés non souveraines que par le fait que celles-ci sont subordonnées à des Etats, tandis que les Etats souverains n'ont nul autre supérieur que le droit des gens lui-même. » (2). La souveraineté des Etats ne peut donc jamais être en contradiction avec le droit des gens.

Ce qui se dégage de l'exposé de la doctrine de Verdross, c'est l'identité de son point de vue sur les problèmes les plus importants avec le système kelsenien. Mais cette identité ne va pas jusqu'à rendre inutile l'examen de la théorie de Verdross, étant donné

(1) VERDROSS, *Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, p. 118.

(2) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1927, T. XVI, p. 315.

qu'il a insisté sur certains points, qui ne sont pas tellement développés chez Kelsen (par ex. la question de l'Etat pris dans le sens du droit des gens, la positivité plus accentuée de sa théorie), d'autre part, tout en se réclamant du positivisme, il s'approche beaucoup du droit naturel par la norme fondamentale « pacta sunt servanda », qu'il considère comme une règle objective, basée sur l'idée d'une justice absolue.

CHAPITRE II

KUNZ

Après Verdross, Kunz est un non moins distingué représentant de l'école de Vienne. Plus philosophe que Verdross, Kunz se rapproche de Kelsen, et insiste sur le fait que l'école de Vienne est une école qui tient compte largement de la philosophie dans l'étude du droit.

Chez Kunz, comme chez Verdross et Kelsen, on retrouve toutes les conceptions qui caractérisent l'école de Vienne. Unité de système juridique universel ayant à la base la norme fondamentale ; l'ordre juridique qui se trouve immédiatement sous cette norme, est le droit des gens. Donc primauté du droit des gens et pas de souveraineté absolue de l'Etat.

Mais la norme fondamentale de Kunz n'est pas une seule norme, elle est un complexe de normes (un Grundnormgefüge). En ce qui concerne la primauté du droit des gens elle est justifiée chez lui tant théoriquement que pratiquement et à l'exemple de Kelsen, Kunz soutient que l'ordre juridique international se trouve tout entier au-dessus de l'ordre juridique interne, pour lui il n'y a pas de normes dans le droit des gens qui soient inférieures aux normes du droit étatique.

SECTION I. — LA NORME FONDAMENTALE CHEZ KUNZ

Kunz précise sa conception sur la norme fondamentale à propos de la question de la reconnaissance des Etats dans le droit des gens. Pour lui, la norme fondamentale n'est pas une norme unique, elle ne consiste pas seulement dans la règle « *pacta sunt servanda* », mais elle est une norme complexe, un « Grundnormge-

fûge », qui à côté de la norme « *pacta sunt servanda* » contiendrait aussi la norme qui détermine l'Etat dans le sens du droit des gens (1).

Comment Kunz est-il arrivé à ce résultat ? Il commence par critiquer la conception de Verdross en ce qui concerne la reconnaissance des Etats. Notamment, d'après Verdross, les Etats sont obligés d'agir « d'après les règles du droit des gens général positif » seulement en vertu du pacte fondamental par lequel les Etats reconnaissent ces règles. C'est ici qu'intervient Kunz, et il se demande si Verdross ne voit pas que sa thèse est en contradiction avec sa propre hypothèse de la primauté du droit des gens : car si l'Etat ne peut être obligé qu'en raison de l'acte de reconnaissance des règles du droit des gens, il est clair que Verdross accepte la thèse de l'auto-obligation des Etats qu'il repousse en général comme étant une doctrine insoutenable. Kunz fait remarquer, que dans cette thèse, Verdross a dû subir l'influence d'Anzilotti. Ce dernier soutient, que les normes du droit des gens sont formées par la « *Vereinbarung* » et leur validité juridique, comme chez Kelsen, est due à la norme originaire, qui est pour Anzilotti : « *pacta sunt servanda* ». Anzilotti nie (tandis que Verdross l'admet) l'existence d'une norme positive dans le droit des gens, qui aurait comme objet de préciser quand un Etat est relevant au point de vue du droit international, car cette norme s'imposerait aux Etats malgré eux et la norme originaire « *pacta sunt servanda* » ne pourrait plus être maintenue parce que dénuée de sens. Kunz approuve Anzilotti mais il tire de ce raisonnement une autre conséquence, à savoir « que la norme « *pacta sunt servanda* » n'est justement pas la seule norme fondamentale du droit des gens » (2). Mais que

(1) En effet, comme nous le verrons un peu plus loin, Kunz distingue dans l'Etat deux notions différentes, une qui prend l'Etat comme contenu de l'ordre juridique interne et l'autre pour qui l'Etat est pris dans le sens du droit des gens.

(2) Kunz, *Die Anerkennung der Staaten im Völkerrecht*, p. 94.

signifie au juste cette norme fondamentale « *pacta sunt servanda* » se demande Kunz ? « Pas autre chose, dit-il, que d'après le droit des gens positif d'aujourd'hui, le développement du droit des gens se fait par la « *Vereinbarung* » entre les Etats existant dans la communauté internationale, soit sous la forme du traité, soit par le droit coutumier. L'entrée « *ipso iure* » des Etats neufs formés sur l'ancien territoire de la communauté internationale... ne se fait certainement pas sur la base de la norme « *pacta sunt servanda* », mais en vertu de la norme du droit des gens qui détermine quand un Etat existe dans le sens du droit des gens (im *Völkerrechtssinn*). D'ici ne résulte pas que la norme « *pacta sunt servanda* », en tant que norme fondamentale du droit des gens doit être éliminée, mais qu'elle n'est pas la seule norme originaire du droit international et que la norme fondamentale complexe (*Grundnormgefüge*) contient plutôt à côté de la norme « *pacta sunt servanda* », la norme qui détermine l'Etat dans le sens du droit des gens » (1).

SECTION II. — L'ÉTAT

Prise dans son ensemble, la conception de Kunz sur l'Etat est la même que celle de Verdross. Tous deux repoussent la théorie de Kelsen, selon laquelle l'Etat est identifié avec le droit. Ils admettent que l'Etat du point de vue du droit est un ordre juridique, mais ni l'un ni l'autre n'en tire les conséquences extrêmes que nous avons vues chez Kelsen.

Kunz insiste dans sa théorie sur la notion de l'Etat pris dans le sens du droit des gens : (*Staat im Sinn des Völkerrechts*) « C'est avec cette notion qu'on opère, dit-il, dans la science du droit des gens et dans la science étatique » ...Kunz fait une différence entre l'Etat en tant que contenu du droit international et entre l'Etat

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 95.

en tant que contenu du droit en général. C'est ce qui se dégage de la phrase suivante : « la théorie que l'Etat, en tant que contenu du droit des gens est l'Etat dans le sens du droit des gens, n'exclut pas la conception qu'il y a encore une autre notion de l'Etat, qui est celle de l'Etat en tant que contenu du droit en général » c'est-à-dire l'Etat en tant que contenu du droit étatique. Cette dernière notion doit être rigoureusement séparée de la notion de l'Etat dans le sens du droit des gens. » (1).

Qu'entend Kunz par « Etat dans le sens du droit des gens ? » Les Etats dans le sens du droit des gens, dit-il, sont les sujets du droit international, des communautés juridiques..., dont les ordres juridiques (ordres juridiques étatiques) sont soumis directement et seulement à l'ordre juridique international ; les ordres juridiques de ces « Etats dans le sens du droit des gens » sont ceux dans lesquels se divise l'ordre juridique international. Ils sont, pour parler avec Kelsen, les ordres juridiques partiels délégués de l'ordre juridique du droit des gens.

Kunz ne fait là qu'insister sur la différence qu'il convient de faire d'après lui entre les deux notions d'Etats, sans rien ajouter aux théories de Kelsen et Verdross.

En ce qui concerne la conception sur l'Etat, la différence entre Verdross et Kunz est la suivante : l'Etat pour le droit international est déterminé dans la conception de Verdross par une simple norme positive du droit des gens, une norme qui est subordonnée à la norme fondamentale. Il n'en est pas de même chez Kunz. Pour lui, la norme fondamentale n'étant pas une norme unique, le complexe contiendrait précisément cette norme, qui détermine « l'Etat dans le sens du droit des gens ». Il en résulte, que chez Verdross, l'Etat prend naissance pour le droit des gens en vertu d'une norme du droit des gens positif, tandis que pour Kunz, à son origine se trouve la norme fondamentale.

(1) KUNZ, *Staatenverbindungen*, p. 21.

SECTION III. — LA PRIMAUTÉ DU DROIT DES GENS

La méthode que Kunz se propose d'appliquer est une méthode purement positiviste. C'est ici, dit-il, que l'école de Vienne se distingue de l'école de *jus naturæ* où a existé déjà « cette conception unitaire universaliste, cette conception de la superordination du droit des gens » (1). La science juridique ne peut avoir d'après lui un autre objet que le droit positif. Comme Verdross, il cherche également à déduire du droit positif, l'unité du système juridique universel et la primauté du droit des gens. D'après cette méthode, « rigoureusement positiviste », la construction de la primauté du droit des gens est « la construction *théorique* du droit des gens positif ». « ...La science du droit des gens ...doit être uniquement juridique, libre de tous les accessoires sociologiques, éthiques, psychologiques et surtout politiques ...La science du droit des gens ...a pour tâche de former un complexe des normes positives qui nous sont données par l'expérience, un système unitaire du droit entier, et d'appliquer la méthode juridique seulement » (2). Il fallait, dit Kunz, détruire le caractère juridique du droit naturel pour qu'il ne puisse plus faire l'objet de la science juridique. Néanmoins il reste en tant que desiderata politico-juridique, mais non comme droit.

Kunz prétend qu'avec cette méthode véritablement positiviste, et non pas seulement pseudo-positiviste, avec cette méthode qui n'a en vue que le droit positif, la primauté du droit des gens n'est pas établie a priori. « Le droit positif n'est pas là en raison de l'hypothèse, mais au contraire, l'hypothèse est là en raison du droit » (3). L'unité de l'ordre juridique universel résulte de l'ana-

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 591.

(2) *Id. op. cit.*, p. 592.

(3) KUNZ, *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*, p. 3.

lyse du droit des gens positif. L'hypothèse doit se vérifier en général et en particulier dans chaque problème du droit des gens ; et c'est « seulement alors qu'elle peut prétendre à une vraie hypothèse scientifique » (1).

Dans la doctrine de Kelsen, la primauté du droit des gens est une construction à priori, qui résulte de façon logique de son système tout entier. Kunz par contre veut construire théoriquement la primauté du droit des gens mais en se basant sur le droit positif : « c'est la construction *théorique* du droit des gens positif » (2).

La primauté du droit des gens et l'unité du système juridique universel ne sont pas des constructions avec une certaine validité dans l'avenir, mais elles existent d'après le droit des gens positif.

D'autre part, Kunz fait remarquer que cette supériorité juridique du droit des gens ne signifie nullement « une superordination politique, un super Etat, une « *civitas maxima* ». Cette « *civitas maxima* » ne correspond pas au contenu du droit des gens positif, c'est tout simplement une construction politique. Par contre, l'hypothèse de la primauté du droit des gens, quoique théorique, doit se vérifier par le droit des gens positif actuellement en vigueur ; elle n'est pas une construction de « *lege ferenda* ».

Comment Kunz est-il arrivé à la construction de la primauté du droit des gens et pourquoi repousse-t-il la possibilité de la primauté du droit étatique et le choix entre ces deux hypothèses, admis par Kelsen ?

Appliquant la méthode de Kelsen, Kunz, lui aussi, introduit l'hypothèse dans la science du droit des gens. Il se demande quelle est l'hypothèse qui garantit le mieux « d'après le status des connaissances actuelles, la connexion des normes positives du droit des gens entre elles et avec les droits constitutionnels et nationaux

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 4.

(2) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 592.

des différents Etats dans un système unitaire de droit ? Il répond, « qu'il n'y a que la construction, l'hypothèse de la primauté du droit des gens, qui soit apte à correspondre à ces postulats scientifiques théoriques. « Si l'on a reconnu cela, il faut abandonner absolument l'hypothèse de la primauté du droit national pour des raisons exclusivement *théoriques* et *juridiques*... » (1). Cette construction hypothétique et purement théorique et juridique, dénuée de toute considération politique, doit être préférée d'après lui à toute autre.

Mais tout ceci ne suffit pas à Kunz. Lui-même dit que les hypothèses, pour qu'elles aient une valeur scientifique, doivent se vérifier. La construction de la primauté du droit des gens ne vaut que si elle peut se vérifier par le droit des gens positif. Or Kunz affirme qu'elle est conforme au droit des gens positif actuellement en vigueur.

Il en résulte que l'hypothèse de la primauté du droit étatique et le choix admis par Kelsen entre ces deux constructions doivent être rejetés. Les arguments de Kunz sont les suivants : « L'hypothèse de la primauté du droit national ne garantit pas la connexion des normes du droit entier en un système juridique unitaire, c'est pourquoi elle a perdu sa raison d'être comme hypothèse théorique » (2).

Le choix doit être exclu pour la simple raison qu'au point de vue théorique et juridique il n'y a que l'hypothèse de la primauté du droit des gens qui puisse être satisfaisante. Cette dernière étant vérifiée par le droit positif exclut toute autre hypothèse, car les deux ne peuvent être bonnes en même temps.

En retournant contre Kelsen son propre argument, Kunz rejette définitivement le libre choix entre les deux primautés. Le choix entre ces deux hypothèses suppose chez Kelsen la possibilité de

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 593.

(2) Id., *op. cit.*, p. 593.

choisir la norme fondamentale. Or Kunz, en prouvant que la norme fondamentale ne peut pas être choisie arbitrairement, veut rendre impossible le choix entre la primauté du droit national et la primauté du droit des gens. Le choix de la norme fondamentale est impossible, dit-il, parce que cette norme dépend justement du contenu du droit positif. Bien que Kelsen ait admis le contraire, c'est-à-dire qu'« un donné juridique ne devenait du droit que grâce à l'hypothèse juridique qui sert à l'interpréter » (1), Kunz s'efforce de démontrer que Kelsen n'a pas été concluant par cette affirmation. Il cite notamment Kelsen, qui dit que « le contenu de la norme fondamentale s'oriente d'après le matériel, qui va être conçu comme droit positif... » (2). Ainsi le choix de la norme : « tu dois obéir au tsar », n'aurait pas de sens, car la situation de fait n'y correspond nullement. Il en résulte que le choix de la norme fondamentale qui prescrirait d'obéir à la loi nationale seulement, n'aurait pas de sens non plus d'après Kunz, car elle ne serait pas en conformité avec le droit positif. Ne pouvant donc choisir comme norme fondamentale que celle qui prévoit la primauté du droit des gens, ce qui seul correspond à la réalité, l'autre possibilité est rigoureusement exclue.

Ainsi, Kunz pense avoir apporté suffisamment de preuves pour exclure la possibilité du choix entre la primauté du droit des gens et la primauté du droit étatique, sans qu'il soit nécessaire d'ajouter un argument philosophique en plus, à la manière de Verdross (3).

Il est encore à remarquer, que cette construction de la primauté du droit des gens a un caractère purement formel. Kunz reste fidèle au principe de Kelsen pour qui dans les normes, c'est la forme seule qui a de l'importance. La primauté du droit des gens ne dit rien pour le contenu du droit des gens, qui veut dire tout simple-

(1) Kelsen, cité par Kunz dans *Staatenverbindungen*, p. 7.

(2) Kunz, *Staatenverbindungen*, p. 7.

(3) Cf. Kunz, *Staatenverbindungen*, p. 3-11.

ment, que « le droit des gens est juridiquement superordonné aux droits nationaux, que la « souveraineté » des Etats n'est que la compétence donnée à ces Etats par le droit des gens positif, que les différents droits nationaux ne sont que des « systèmes juridiques partiels délégués par l'ordre juridique international ». (« delegierte Teilrechtsordnungen der Völkerrechtsordnung », Kelsen) ...mais la construction théorique de la primauté du droit des gens ne dit absolument rien à priori pour l'organisation politique de la communauté internationale » (1). La « civitas maxima » est une construction politique sans base juridique.

En ce qui concerne la place qu'occupe le droit des gens dans le système juridique universel, Kunz ne semble pas adopter l'opinion de Verdross, qui préconise le mélange si l'on peut dire des normes du droit des gens et de celles du droit étatique, mais il est plutôt de l'avis de Kelsen, car pour lui les normes du droit des gens formant un ordre juridique unitaire, se trouvent toutes au-dessus des normes du droit national. Ainsi, « les normes étatiques sont d'un degré plus loin de la norme fondamentale du droit des gens que les normes du droit des gens » (2).

SECTION IV. — LA SOUVERAINETÉ

En ce qui concerne la souveraineté, Kunz partage entièrement l'opinion de Verdross et lui adresse des éloges pour avoir fixé d'une manière définitive et sans possibilité de réfutation la notion de la souveraineté de l'Etat.

Approuvant la théorie de Somlo, Kunz distingue deux sortes de souverainetés : l'une est une notion *formelle*, une conception for-

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1925, p. 594.

(2) KUNZ, *Staatsverbindungen*, p. 11.

melle, qui signifie « la totalité d'attributs (Eigenschaften) qui font d'une simple puissance une puissance juridique » (1), l'autre est une notion *matérielle*, qui en tant que conception du contenu du droit (Reichsinhaltsbegriff) signifie une multitude de droits et de compétences. Kunz reproche à Kelsen, de n'avoir envisagé que la souveraineté en tant que notion formelle. Tout en combattant la souveraineté de l'Etat, il n'en reste pas moins vrai, dit Kunz, que Kelsen s'accroche à la souveraineté de l'ordre juridique international et qu'éliminer la notion de la souveraineté de la théorie moderne du droit en général et de l'Etat serait pour lui une pensée fondamentalement fausse » (2).

Kunz estime qu'il est indispensable de distinguer deux notions de souveraineté et il oppose à la notion formelle de Kelsen, la souveraineté en sens matériel, qui est une conception du contenu du droit, Kunz conçoit donc la souveraineté à la manière de Verdross.

Nous ne trouvons pas que Verdross et Kunz aient ajouté quelque chose de nouveau dans ce problème à la théorie kelsenienne, et voici pourquoi. Considérant l'alternative de la primauté du droit des gens dans le système de Kelsen, il résulte — étant donné que Kelsen admet seul la souveraineté du droit — que l'ordre juridique international est souverain. Verdross et Kunz, eux aussi, sont partisans de la souveraineté du droit, plus exactement du droit des gens. Jusque-là, pas de différence. Verdross et Kunz ne font qu'appeler « souveraineté » la totalité des compétences qu'a un Etat en vertu du droit des gens et lui donnent une plus grande ampleur. L'idée se trouve déjà chez Kelsen, étant donné que l'ordre étatique est considéré par lui comme un ordre juridique partiel et délégué du droit des gens. Il en résulte que l'Etat n'aura pas d'autres com-

(1) KUNZ, *Staatenverbindungen*, p. 34.

(2) KUNZ, *op. cit.*, p. 34, cite Kelsen.

pétences que celles qui lui ont été accordées par le droit des gens. Seulement Kelsen n'appelle pas souveraineté cette totalité de compétences. D'ailleurs Kunz lui-même cite plusieurs phrases de Kelsen, d'où il résulte qu'il « anticipe » Verdross. Kelsen parle notamment « des Etats souverains, c'est-à-dire soumis au droit des gens », ou bien de la norme qui détermine « l'Etat dans le sens du droit des gens » (1). Même en admettant que Kelsen soit en contradiction avec lui-même quand il parle d'Etats souverains, étant donné que pour lui n'est souverain que l'ordre juridique suprême, il n'en reste pas moins vrai que Verdross et Kunz n'ont fait que développer l'idée de Kelsen.

Kelsen (2) critique d'ailleurs cette distinction faite entre la souveraineté au sens formel et la souveraineté au sens matériel, en disant que la souveraineté au sens matériel serait aussi une notion formelle, car les deux ne font qu'exprimer une position, un rang dans la hiérarchie de l'ordre juridique : la souveraineté au sens formel exprime un degré plus haut, tandis que la souveraineté au sens matériel exprime un degré plus bas. En effet, le droit des gens est l'ordre juridique suprême, donc souverain, et l'ordre juridique étatique lui reste subordonné, et occupe par là un rang inférieur dans la hiérarchie de l'ordre juridique.

De toute façon, même en admettant qu'il y ait lieu de faire cette distinction, les deux notions ne sont pas en contradiction : au sens formel, la souveraineté se réfère à la souveraineté du droit des gens et au sens matériel comme contenu du droit elle se réfère à la souveraineté de l'ordre juridique étatique qui est exclusivement et directement soumis au droit des gens.

En bref, la souveraineté comme conception du contenu du droit des gens, d'après Kunz, signifie une totalité de compétences exclu-

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 35 et 36, cite KELSEN.

(2) Cf. KELSEN, compte rendu sur la *Staatenverbindungen* de KUNZ, dans *Z. f. ö. R.*, T. XI, p. 313 et suiv.

sivement d'ordre matériel et temporaire qui résultent de la dépendance directe et immédiate de l'Etat de l'ordre juridique international.

Pour donner plus de vigueur à cette construction de la souveraineté et de la primauté du droit des gens et pour les « renforcer et les protéger contre les attaques mal comprises », Kunz essaie d'expliquer d'avance certains malentendus. On dit notamment, fait remarquer Kunz, que la souveraineté ainsi comprise est une pure construction théorique qui ne correspond pas à la réalité car si la souveraineté était un complexe de compétences il en résulterait que l'Etat devrait faire chaque fois la preuve que telle ou telle compétence lui a été attribuée par le droit des gens et il n'aurait de compétences que dans la mesure où le droit des gens lui en attribue. A cette objection, Kunz répond qu'on ne sait pas faire la distinction entre la distribution de compétences et l'attribution de compétence. Celle-ci n'a rien à voir avec celle-là. La distribution de compétences peut être faite de telle sorte que la « *presumptio* » existe en faveur de l'Etat, de posséder toutes les compétences qui ne sont pas réservées au droit des gens. Le droit des gens reste quand même l'ordre suprême (1).

La doctrine de Kunz est donc plus près de la théorie de Verdross que du système de Kelsen. Le plus souvent, Kunz adopte dans ses lignes générales les points de vue de Verdross, mais il les façonne d'après sa conception à lui. C'est ainsi qu'il crée à côté de la norme fondamentale « *pacta sunt servanda* », une autre norme, qui institue l'Etat dans le sens du droit des gens. Il rend de ce fait plus sensible la différence entre l'Etat pris dans le sens du droit des gens et l'Etat comme contenu du droit qu'elle ne l'était dans la théorie de Verdross. Il insiste beaucoup sur la positivité de la cons-

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 39.

truction de la primauté du droit des gens et la considère comme une hypothèse qui est vérifiée parfaitement par le droit international existant. La souveraineté absolue de l'Etat est définitivement écartée. C'est le droit des gens seul qui a la compétence des compétences, c'est-à-dire une souveraineté absolue.

TITRE V

Observations critiques

Après avoir fait un exposé aussi objectif que possible des doctrines des plus marquants représentants de l'Ecole de Vienne, en y joignant nos observations, nous allons essayer de faire maintenant un examen critique des idées maîtresses exposées au cours de ce travail et d'en tirer les conclusions qui s'en dégagent. Nous restons fidèles au plan que nous nous sommes proposé de suivre en traitant la théorie de Kelsen et commencerons donc par la méthode, puis examinerons la théorie générale du droit, pour arriver finalement au droit des gens.

La méthode que Kelsen s'est proposé de suivre, et qui est aussi celle de l'Ecole Viennoise toute entière, est une méthode pure, normativiste et positiviste. Mais elle n'est pas suivie d'une façon indentique par le maître et par les élèves. Kelsen lui-même s'en écarte dans les points les plus essentiels de son système.

La méthode de Kelsen est en effet normativiste, mais normativiste à tel point qu'il s'écarte du vrai positivisme qui devrait être réaliste. Sa méthode devient trop abstraite et ses constructions, au lieu d'être basées sur le droit positif, sont une création de la logique formelle. Par ce fait, il est moins positiviste que ses élèves.

A force de vouloir lier dans une certaine mesure le droit à la réalité sans quitter le terrain normativiste, Kelsen invente des notions, comme celle de « l'être du devoir-être » (Sein des Sollens)

qui servent son but mais qui sont difficiles, pour ne pas dire impossibles à saisir.

Nous insisterons sur une observation qu'on trouve très souvent : l'édifice juridique de Kelsen est bâti un peu dans le vide. Il ne tient pas suffisamment compte de la réalité des hommes, bien que ce soit eux qui soient le but de tout le droit. M. de Lapradelle dit, que « le droit est une règle de vie, il est plus qu'une technique, plus qu'un art ». Il faut donc tenir compte du fait, que le droit existe pour les hommes et par les hommes.

En apparence, la méthode de Kelsen est pure, c'est-à-dire qu'il ne tient pas compte dans son système des éléments naturels moraux, sociaux et politiques. Si l'on fait un examen approfondi, on constate tout de même, que l'élément naturel n'en est pas entièrement éliminé, étant donné que sa norme fondamentale hypothétique pourrait très bien être considérée comme une norme de droit naturel.

Verdross et Kunz occupent une position opposée à celle de Kelsen. Leur méthode est plus positiviste en ce sens qu'il cherchent à appuyer leurs constructions sur des faits. Dès qu'ils affirment une chose, Verdross et Kunz essayent de la prouver en invoquant des textes. Par contre, ils tiennent largement compte du droit naturel, ce que Kelsen cherche à écarter complètement.

Ainsi est vérifié à l'égard de l'Ecole Viennoise la remarque de M. Le Fur, qu'aucune théorie positiviste ne peut faire entièrement abstraction du droit naturel.

Toujours concernant la méthode, nous tenons à répondre à une observation qui a été faite à ce sujet. On (1) reproche à Kelsen, de définir trois fois différemment sa méthode : 1. « La théorie pure du droit », la *Reine Rechtslehre* signifie que Kelsen veut épurer la science du droit des substances qui doublent simplement les

(1) KARADGÉ - ISKOW, *La Théorie du Droit pure et la Dogmatique juridique*, *Revue internationale de la Théorie du Droit*, T. X, p. 178.

phénomènes réels. 2. Elle signifie la séparation de la science du droit « de la dogmatique juridique », envers la politique, déguisée sous la forme de droit naturel et envers la sociologie. 3. D'après la troisième définition elle serait une théorie du droit positif.

Nous ne voyons pas la différence qui existerait dans ces définitions. Si Kelsen affirme qu'il veut épurer le droit, c'est qu'il veut séparer la science du droit des autres sciences, et qu'il veut étudier le droit positif seul. Ce qu'on pourrait dire, c'est que Kelsen n'a pas défini d'un seul trait sa méthode, mais que ses différentes définitions se complètent les unes les autres.

La question la plus épineuse, la thèse la plus discutable dans le système Kelsenien, est celle de la norme originaire hypothétique.

Le système juridique de Kelsen est édifié tout entier sur la norme originaire hypothétique. Elle est à la base de l'ordre juridique universel et il suffit de l'admettre pour que tout le reste découle dans un enchaînement logique presque sans fissure. C'est la clef de la doctrine kelsenienne. Bien qu'elle présente une telle importance, la théorie de la norme originaire hypothétique de Kelsen est très vulnérable. Aussi ses élèves se sont empressés de combler cette lacune en transformant la « Grundnorm » pour la rendre plus acceptable.

La norme fondamentale de Kelsen étant hypothétique, cela signifie tout simplement que Kelsen en présuppose l'existence, et qu'il ne s'agit que d'une fiction. Malgré la remarque qu'a fait Kunz, que Kelsen eut le mérite d'avoir introduit dans la science du droit la méthode de l'hypothèse, on est généralement d'accord, que dans les sciences, l'hypothèse ne vaut que si elle est ultérieurement vérifiée. Or, l'existence de la norme originaire hypothétique de Kelsen n'est guère vérifiable. On se trouve donc devant tout un édifice juridique qui, embrassant le droit tout entier, est basé sur une simple hypothèse.

Dans sa magistrale thèse de doctorat sur l'Impératif juridique,

M. R. Capitant critique la conception positiviste de Kelsen, non comme étant défectueuse, mais comme manquant d'une définition approfondie. Ce que M. R. Capitant reproche à Kelsen, c'est d'avoir placé au sommet de sa pyramide une norme fondamentale hypothétique au lieu d'une norme positive, car la norme hypothétique est placée au delà de la réalité. D'après M. R. Capitant, au sommet de cette pyramide juridique devrait se trouver une norme positive, car « la compétence du premier organe constituant résulte de l'assentiment général, de la reconnaissance générale de son pouvoir » (1). L'organe qui pose la règle de compétence, c'est la masse sociale. La norme hypothétique serait donc, selon M. R. Capitant, celle qui autorise la masse sociale et alors cette règle se trouverait forcément au delà de la réalité. Ainsi la norme originaire hypothétique, fait remarquer M. R. Capitant, perd toute son utilité. D'ailleurs, dit-il, en parlant de la norme hypothétique de Kelsen..., « les auteurs qui étudient M. Kelsen se cabrent devant une telle construction » (2).

La norme hypothétique perd son utilité non seulement parce qu'elle est hypothétique, mais aussi pour d'autres raisons.

La Grundnorm n'est pas immuable et invariable. Toute hypothétique qu'elle soit, elle est encore interchangeable ; interchangeable par les événements et interchangeable au gré de chacun.

Son contenu est d'attribuer de la compétence au premier organe constituant. La norme originaire change donc chaque fois que l'organe constituant est renversé et que, soit par une révolution soit d'une autre façon, un régime différent s'installe à sa place. Elle perd ainsi sa raison d'être, c'est-à-dire qu'il est inutile de la présumer, étant donné qu'elle ne peut et ne veut apporter aucun changement aux événements mais qu'au contraire elle s'y con-

(1) *Loc. cit.*, p. 164.

(2) *Loc. cit.*, p. 162.

forme parfaitement. Elle vient en quelque sorte sanctionner un état de fait sans considérer la manière dont il a été établi.

D'autre part, chacun peut choisir la norme originaire qui convient le plus à son goût. Ainsi, la norme fondamentale de celui qui construit l'unité du système juridique universel sur la primauté du droit étatique sera différente de celle choisie par un partisan de la primauté du droit des gens. Pour l'un la norme fondamentale prescrira d'obéir à la constitution de l'Etat tandis que pour l'autre elle ordonnera de respecter le droit des gens. Elle peut donc varier d'après les préférences de chacun.

Mais Kunz fait remarquer « que le choix ne dépend point de la volonté arbitraire du savant, mais qu'il dépend, comme Kelsen l'a reconnu dernièrement lui-même, du contenu du système juridique positif » (1). Verdross reproche à Kunz, de ne pas tenir compte dans son interprétation de la théorie kelsenienne du fait, que d'après Kelsen, « toutes les règles du droit positif *dépendent* en dernière analyse de la norme d'origine hypothétique. C'est de cette hypothèse et d'elle seule — dit M. Kelsen — que résultent l'unité de l'ordre juridique et le caractère juridique de tous les actes juridiques. La norme fondamentale hypothétique est ainsi la base suprême du droit positif. On ne peut donc pas choisir — comme M. Kunz le croit — la règle hypothétique en correspondance avec le droit positif, parce que ce droit n'existe qu'en *vertu* de cette hypothèse » (2), à contrario, on peut déduire de là, que la norme originaire peut être choisie au gré de chacun, sans tenir compte du contenu du droit positif. C'est d'ailleurs la seule conclusion logique qui se dégage du système kelsenien, si l'on tient compte que Kelsen laisse le choix libre entre la primauté du droit étatique et

(1) KUNZ, *La Primauté du Droit des Gens*, *Revue de Droit international et de Législation comparée*, p. 589.

(2) VERDROSS, *Le Fondement du Droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1927, T. XVI, p. 280-281.

la primauté du droit des gens, ce qui ne serait nullement possible, si l'on était lié à une norme imposée par le droit positif.

On peut se rendre compte que cette question de la Grundnorm kelsenienne est particulièrement compliquée, et il serait difficile de deviner la pensée exacte de Kelsen, sujette à cet égard à des fluctuations.

Nous avons dit plus haut, que la norme originaire de Kelsen pourrait-être considérée comme une norme de droit naturel.

Nous mentionnerons à ce sujet les observations intéressantes de M. Trentin. La Grundnorm, dit-il, doit-être conçue comme une norme de droit naturel, sans quoi le système de Kelsen ne tiendrait pas, même au point de vue purement logique. « A la vérité, continue l'éminent auteur, si toute norme de droit doit être nécessairement engendrée par une norme préexistante et si la raison d'être de chaque système de normes positives en vigueur doit-être placée dans sa conformité au système supérieur d'où il est issu, quel peut être l'étalon dont la référence permettra de juger de la conformité du système positif suprême auquel tous les autres se rattachent ? En d'autres termes, par qui pourra-t-on légitimer la norme constitutionnelle qui, dans l'ordre positif, se pose en norme originaire ? »

« Etant donné que la convention ou l'accord sont impuissants à atteindre ce résultat, puisque la positivité par elle-même ne fait état d'aucune valeur et d'aucun devoir, il est évident que seulement la conformité à la règle de droit naturel peut, au suprême degré du droit positif, conférer un caractère juridique, c'est-à-dire une valeur intrinsèque et une force astreignante à la norme légale » (1).

Tout autre apparaît la norme originaire dans le système de Verdross et Kunz. Verdross essaye de transformer la norme fonda-

(1) TRENTIN, *La Crise du Droit et de l'Etat*, p. 238-239.

mentale qui était purement hypothétique chez Kelsen, en une norme réelle, concrétisée dans la formule « *Pacta sunt servanda* ». Mais il lui donne un sens tellement large, qu'elle devient la vieille idée romaine : « *Suum cuique tribuere* »...

La réalité de cette norme ne peut être conçue autrement que si l'on admet l'existence de cette règle dans la conscience humaine en tant qu'expression de l'idée de justice. Elle n'a pas de réalité dans le sens strictement positiviste et dès lors, la norme « *pacta sunt servanda* » est une norme de droit naturel ayant à sa base l'idée de justice et les fins naturelles de l'homme.

La conclusion qu'on peut dégager, c'est que quel que soit le nom que porte la norme fondamentale, l'Ecole de Vienne cherche les bases du droit en général et celles du droit des gens en particulier, dans des sphères suprapositives étant donné que le droit positif seul ne peut pas se suffire. Verdross et Kunz, en tant que positivistes, n'ignorent pas le droit naturel, ni que c'est lui qui donne le caractère obligatoire au droit des gens. Ils sont donc tout près de cette partie de l'Ecole française, qui voit le caractère obligatoire du droit des gens dans l'idée de justice et dans les fins naturelles de l'humanité.

Dans la conception de l'Ecole Viennoise toute entière, le système juridique universel se présente comme une unité et cette unité est réalisée par le fait que toutes les normes tirent leur validité de la norme fondamentale. Mais il s'agit encore de savoir quel sera l'ordre juridique suprême dans ce système juridique universel et unitaire, c'est-à-dire l'ordre qui se trouve immédiatement sous la norme originaire.

Nous avons vu que la solution n'est pas identique chez tous les représentants de l'Ecole de Vienne et que Kelsen, au point de vue juridique et théorique, laisse le choix libre entre la primauté du droit étatique et la primauté du droit des gens, tandis que chez Verdross et Kunz, ce choix est exclu.

Nous sommes quelque peu surpris que chacun puisse choisir comme ordre suprême, l'ordre qu'il préfère. Ce qui est le plus frappant, c'est que le choix étant libre entre la primauté de ces deux ordres, une solution unique devient impossible. Et voici comment nous aurons : d'une part l'unité établie sur la base de la primauté du droit des gens, d'autre part les unités établies sur la base des primautés des droits étatiques. Un exemple illustrera mieux notre démonstration. Supposons que non seulement l'Allemagne, mais la France et l'Angleterre, choisissent elles aussi l'ordre étatique comme ordre suprême. En ce cas, nous aurions trois unités établies sur la base de la primauté du droit étatique plus la quatrième qui serait établie sur la base de la primauté du droit des gens. L'unité du système juridique universel n'a de raison d'être que si elle est unique.

Il est vrai que Kelsen lui-même, par des considérations éthico-politiques, incline vers la primauté du droit des gens, qui seule permet d'établir l'unité du système juridique universel, et pour lui le choix est libre à la condition qu'on se place au point de vue purement théorique et juridique.

Cependant, le choix ne peut être libre, même si l'on se place au point de vue théorique, c'est-à-dire au point de vue de la logique formelle, avec laquelle Kelsen opère dans ses constructions : une contradiction logique, dit-il, n'est possible « qu'entre deux propositions contenant chacune un « devoir-être » (Sollen) ou entre deux propositions contenant chacune un « être » (Sein) mais non pas entre une proposition avec un « devoir-être » et une avec un « être », c'est-à-dire entre deux normes et non pas entre une norme et un état de fait. La figure : A doit-être, non A doit-être présente une « contradictio logica », et non pas la figure : A doit-être, « non A est » (1).

Appliquons ce raisonnement à notre problème : la primauté du

(1) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, p. 30-31.

droit étatique (A) doit-être, la primauté du droit des gens (non A) doit-être. C'est une contradiction logique. Ou la primauté du droit étatique existe ou bien elle n'existe pas. Mais elle ne peut tantôt exister, tantôt ne pas exister.

Pour ces raisons tant théoriques que pratiques, le libre choix entre la primauté des deux ordres, étatique et international, se présente comme une lacune du système kelsenien. Malgré cela, nous voulons retenir que Kelsen donne la préférence, pour des raisons éthico-politiques, à la primauté du droit des gens.

Verdross et Kunz se sont parfaitement rendu compte de cette lacune et ils écartent catégoriquement la possibilité du choix pour des raisons théoriques et par la non-conformité de la primauté du droit étatique au droit des gens positif. L'hypothèse la seule possible, pour ces deux auteurs, est la primauté du droit des gens. L'unité du système juridique universel est réalisée par conséquent par le droit international comme ordre juridique suprême.

La construction de Verdross diffère de celle de Kelsen et Kunz. Pour ces derniers, l'ordre juridique international tout entier se trouve au-dessus de l'ordre juridique étatique, tandis que pour Verdross, le droit des gens n'est pas un ordre distinct des ordres juridiques étatiques, mais les normes des deux se trouvent entremêlées et ce n'est qu'au sommet que se trouve la constitution du droit des gens.

C'est là une construction qui nous paraît être inacceptable. On ne voit pas très bien comment des normes du droit des gens pourraient être subordonnées aux constitutions des Etats ; cela signifierait qu'il y a des dispositions dans le droit des gens qui peuvent être modifiées par le droit étatique, sans tenir compte du droit des gens. Cette possibilité de modification ne serait que la conséquence logique de la hiérarchisation du système juridique universel, c'est-à-dire du fait que chaque norme tient sa validité de la norme qui lui est immédiatement supérieure. Si donc, une norme du droit des

gens est inférieure à une norme du droit étatique, c'est qu'elle est susceptible d'être modifiée par cette dernière. Il nous est difficile d'imaginer une norme appartenant au droit des gens à laquelle une décision unilatérale d'un Etat puisse apporter une modification quelconque, car, par définition, une norme du droit des gens a comme objet la réglementation des rapports entre plusieurs Etats. Les dispositions de ce genre ne peuvent être réglées que par le droit des gens, et ne peuvent dépendre que du droit des gens. Si donc une norme peut être modifiée par une disposition unilatérale de l'Etat, c'est qu'elle n'appartient pas au droit des gens. C'est pourquoi, dans cette question, le point de vue de Kelsen et de Kunz nous paraît supérieur à celui de Verdross.

Ce qu'il faut retenir de tout ce développement, et c'est là que se trouve l'essentiel, c'est que Kelsen, Verdross et Kunz proclament la primauté du droit des gens, le premier pour des raisons éthico-politiques et par une construction logique et aprioristique, tandis que les autres le font tant pour des raisons théoriques que pour des raisons tirées du droit des gens positif. Ils ont donc « le grand mérite », comme le fait remarquer M. G. Scelle, « d'établir la primauté du droit international sur le droit interne ».

Nous avons dit à la fin de la partie historique, que l'Ecole de Vienne voulait démontrer que la primauté du droit des gens est bien possible dans une conception strictement positiviste. Mais nous ne croyons pas qu'elle y soit arrivée et voici pourquoi. La raison en est très simple : elle ne peut pas se passer du droit naturel pour justifier le caractère obligatoire du droit des gens. Le droit des gens positif, à lui tout seul, ne saurait avoir une primauté sur le droit interne, s'il n'avait comme source que la volonté humaine. Pour qu'il soit plus fort que le droit interne, il lui faut une source suprapositiviste, que Kelsen a trouvée dans la norme originaire hypothétique, tandis que Verdross et Kunz la cherchent dans le droit naturel.

Le droit international étant l'ordre juridique suprême, la souveraineté de l'Etat, dans le sens de pouvoir inconditionné, est exclue par l'Ecole de Vienne. En tirant les conséquences logiques de leur système normativiste, la souveraineté étatique ne signifie pas autre chose que la totalité des compétences accordées aux Etats par le droit des gens. Le seul ordre souverain pour eux est l'ordre juridique international.

Ainsi, par les partisans de l'Ecole de Vienne, s'est accru le nombre de ceux qui combattent la souveraineté de l'Etat comme étant une conception absolument incompatible avec le droit des gens et qui ne fait qu'empêcher son développement dans le sens souhaité.

Après avoir fait les observations sur la doctrine de l'Ecole viennoise et sur la doctrine de Kelsen en particulier, nous nous hâtons d'ajouter que nous n'avons nullement l'intention de diminuer la haute valeur de l'œuvre de ce remarquable juriste et logicien. Ce n'est pas en critiquant quelques-unes des parties d'une doctrine tout entière qu'on lui enlève de son importance. Il n'existe aucune œuvre humaine parfaite et qui soit au delà de toute critique. Rappelons-nous les mots avec lesquels Kunz termine son article sur Duguit, publié dans la « Revue Internationale de la Théorie du Droit » (1) : « La valeur d'une œuvre ne consiste pas dans le fait qu'un système est absolument exact, ni que nous pouvons l'accepter dans sa totalité et que nous sommes entièrement d'accord sur toutes les questions. D'après Lessing, l'effort pour trouver la vérité est plus précieux que la vérité elle-même ; et comme aucun vrai idéal ne peut être complètement atteint, de même aucun vrai problème ne peut être entièrement résolu ».

En parlant de la doctrine de l'Ecole de Vienne, où l'élément positiviste prédomine mais où l'élément naturel occupe, lui aussi, une place de première importance, on est forcé de penser à la théorie

(1) T. I., *loc. cit.*, p. 221, KUNZ, *Die Rechts- und Staatslehre* Léon Duguits.

de MM. Duguit et Scelle d'une part, d'autre part à celle de MM. de Lapradelle et Le Fur.

C'est surtout Kelsen, le chef incontestable de l'Ecole de Vienne, qui nous rappelle Duguit. Les doctrines de ces deux savants ont comme point de départ la critique des théories existantes, critique qui occupe chez tous les deux une place prépondérante. Ces deux auteurs cherchent à édifier leur système sur la règle du droit.

Bien que leur point de départ soit identique, et les résultats souvent similaires, les deux doctrines sont fondamentalement différentes. C'est la méthode qui fait la différence entre les deux théories, car elle n'est pas la même chez Duguit que chez Kelsen. A l'encontre de la méthode normativiste de Kelsen, la méthode de Duguit est réaliste. Il ne veut nullement opérer avec des notions aprioristiques, comme le fait Kelsen, mais seulement avec le droit qui nous est donné par l'expérience. Au lieu de fonder le droit sur une norme hypothétique, Duguit se présente comme défenseur du droit dont la base réside dans la solidarité sociale. Il veut être tout près de la réalité.

Les deux voies dans lesquelles ces deux juristes s'engagent sont donc très différentes. Malgré cela, les résultats, surtout ceux qui touchent au droit des gens, sont sensiblement analogues.

L'Etat n'est pas une personne morale, il n'est sujet de droit dans aucune de ces deux théories. Dans la doctrine de Kelsen, il ne l'est pas, parce que l'Etat est un ordre juridique partiel ; identifié avec le droit, il se présente comme un centre d'imputation, un point de convergence de normes, mais non pas comme une personnalité morale. Duguit ne reconnaît pas la personnalité de l'Etat car il n'y voit qu'une fiction et non quelque chose de réel.

L'Etat est limité par le droit des gens dans la doctrine de Duguit. Le droit est antérieur et supérieur à l'Etat. Chez Kelsen, nous avons vu la même conception : l'Etat est un ordre juridique inférieur au droit des gens. Il n'a que les compétences qui ne sont

pas réservées par le droit international. L'Etat est donc limité par le droit des gens.

Il s'ensuit que le caractère obligatoire du droit des gens pour les deux auteurs se trouve en dehors de la volonté des Etats. Duguit dit qu'il « est évident que si le droit public international n'a d'autre fondement que l'adhésion volontaire des Etats, ce n'est véritablement un droit. Une règle qui n'existe que pour ceux qui la créent et qui s'y soumettent volontairement, n'est pas une règle de droit si elle ne se rattache pas à une règle de droit antérieure impérative par elle-même pour ceux qui sont parties à la convention » (1). Nous avons trouvé exactement la même pensée chez Kelsen.

Il en résulte, que le caractère obligatoire du traité international ne réside pas dans la volonté des parties contractantes, mais trouve sa source dans une règle de droit objective, qui se trouve au-dessus des parties (2).

La souveraineté absolue de l'Etat n'existe pas non plus dans les doctrines de Duguit et Kelsen. Ce n'est d'ailleurs que la conséquence logique de l'admission de la supériorité du droit des gens au droit étatique.

On s'aperçoit, que dans les deux doctrines se trouve une tendance de réaction contre le subjectivisme et le volontarisme juridique. Les deux auteurs s'orientent vers le droit naturel comme source suprême du droit positif.

Kunz constate que Duguit en fondant le droit sur « le sentiment de la nécessité », sur le « sentiment de la justice », cherchait le fondement du droit dans le domaine éthique et psychologique, « a quitté sa méthode « réaliste ». Il ajoute qu'un tel fondement du droit n'est pas nouveau, et qu'en se plaçant au point de vue d'une vraie théorie du droit en tant que science unitaire, il convient de

(1) DUGUIT, *Traité de Droit constitutionnel*, T. I., p. 723.

(2) Cf. KUNZ, *op. cit.*, p. 220.

noter, qu'outre l'impossibilité de fonder un système juridique sur des notions comme « conscience des individus », « sentiment de justice », on donne une base éthique au droit, et on ne le reconnaît pas en tant que science autonome et on l'incorpore dans la morale » (1).

Cette observation de Kunz nous étonne d'autant plus, qu'il la fait seulement à Duguit sans mentionner que l'Ecole de Vienne a fait de même.

L'Ecole viennoise, comme Duguit, cherche à fonder le droit dans une sphère au delà du positivisme. Kelsen a trouvé le fondement dans la norme hypothétique, Verdross et Kunz lui donnent comme base la norme « *pacta sunt servanda* ». Nous savons ce que Verdross entend par cette norme : elle ne serait d'après lui que l'expression de l'idée de justice exprimée par la formule romaine « *suum cuique...* ». Nous nous demandons si l'Ecole de Vienne n'a pas abandonné, elle aussi, la méthode strictement positiviste qu'elle s'est imposée, par son chef Kelsen ? Elle non plus ne peut faire abstraction du droit naturel source suprême du droit positif.

La même tendance anti-volontariste et anti-individualiste se trouve chez M. G. Scelle. Partant de la conception de Duguit et réaliste comme lui, M. G. Scelle arrive à des résultats analogues à ceux de l'Ecole de Vienne. La nécessité biologique des rapports intersociaux forme le caractère obligatoire du droit des gens, et il n'y a pas de place — de même que chez les auteurs viennois — pour la volonté et « toute norme internationale prime toute norme interne en contradiction avec elle, la modifie, ou l'abroge » *ipso facto* » (2). La thèse de la primauté du droit des gens chez M. G. Scelle est nette. M. G. Scelle est moniste, mais à la base, c'est-à-dire au sommet de sa pyramide juridique, construite en contact

(1) KUNZ, *op. cit.*, p. 220.

(2) SCELLE, *Précis de Droit des Gens*, T. I, p. 31.

avec la réalité, au fondement de son « Droit intersocial unifié » ne se trouve pas une seule norme fondamentale comme dans la doctrine de l'Ecole de Vienne (exceptée celle de Kunz), mais plusieurs normes originaires, étant donné que l'origine du droit se trouve dans les nécessités de la vie collective. Il nie également la souveraineté absolue de l'Etat, comme étant une notion « anti-juridique » qui a empêché le développement du droit international et il nie aussi la personnalité juridique de l'Etat. Le sujet du droit international ne peut être que l'individu. Si la doctrine de Kelsen, par son désir de positivisme rigoureux et par ses résultats nous rappelle plutôt la théorie de Duguit et celle de M. G. Scelle, la théorie de Verdross et de Kunz s'approche dans ses points essentiels de la doctrine que défendent en France MM. Le Fur et De Lapradelle.

Pour M. Le Fur, comme pour Verdross, le fondement du droit des gens réside dans le droit naturel. Le droit positif et le droit naturel ne sont que deux moments différents du même droit. En effet, le droit contient pour ainsi dire deux parties : droit positif et droit naturel. Le droit positif ne serait autre chose que la règle écrite qui se trouve dans le droit naturel. Verdross, donnant à la norme fondamentale un sens très large, s'approche tout à fait de la conception de M. Le Fur. Les deux doctrines, celle de l'Ecole Viennoise et celle de M. Le Fur sont d'accord aussi en ce qui concerne la souveraineté et la primauté du droit des gens. En effet, M. Le Fur dit, « que si l'on veut à tout prix une souveraineté absolue, il n'y en a pas d'autre que celle du droit lui-même » (1). Or la même idée se trouve chez tous les représentants de l'Ecole de Vienne. Il est évident que, de ce fait, la souveraineté absolue de l'Etat est repoussée dans les deux systèmes. En ce qui concerne

(1) L^{re} FUR, *Développement historique du Droit international*, *Recueil des Cours de l'Académie*, 1932, T. XLI, p. 553.

le droit des gens, sa primauté est reconnue également dans les deux doctrines.

En ce qui concerne le fondement du droit des gens, M. De Lapradelle va encore plus loin que M. Le Fur. En effet, M. De Lapradelle reconnaît bien que la justice est la raison du caractère obligatoire du droit des gens, c'est-à-dire du droit en général : « un droit qui serait indifférent à l'idée de la justice n'est pas un droit » (1). Ou bien il dit que la règle de droit doit être obéie parce qu'elle exprime et reconnaît « une certaine conscience juridique qui réclame satisfaction par le droit » (2). Nous pouvons citer encore une phrase où il est très explicite : en parlant d'un droit des gens qui puisse s'imposer aux Etats, M. De Lapradelle dit que pour cela il faut « s'élever jusqu'à la construction d'un droit qui sera accepté comme *expression de la justice*, ce qui est bien la caractéristique d'un droit... » (3).

Etant profondément humaniste et finaliste, M. De Lapradelle ne peut s'arrêter là. Le droit international étant une règle de vie, « cette règle de vie internationale doit être telle que la paix, la justice et le développement des fins qui sont les fins naturelles de l'humanité se poursuivent sur notre planète en quelque lieu et quelque temps que ce soit » (4). Le droit doit s'appuyer sur ses destinataires qui sont les hommes, les individus vivant en société. C'est dans l'homme que réside le fondement du droit des gens. C'est pour la conservation et pour le respect de la vie humaine qu'il existe. Il doit être construit sur cette notion de finalité. Le droit des gens ne peut pas se baser seulement sur les devoirs mutuels des Etats. L'Etat n'étant qu'un moyen, un instrument et non pas une fin, « cet instrument s'exerce en vue d'une fin. Mais

(1) DE LAPRADELLE, *Cours de 1932-33 à l'Institut de Droit international*, p. 229.

(2) Id. *op. cit.*, p. 231.

(3) DE LAPRADELLE, *Cours 1934-35*, p. 27.

(4) Id., *op. cit.*, p. 21.

quelle est cette fin ? D'après l'origine même de l'Etat, cette fin est la protection de l'homme. L'Etat a... pour rôle de donner à l'homme la sécurité... Le fond du système ne peut être que le devoir de l'Etat vis-à-vis de l'homme. C'est sur cette base qu'il importe de fonder le droit international » (1). « C'est un droit, qui ne peut atteindre l'utilité commune qu'à la condition d'assurer le maximum d'utilité individuelle » (2). L'Etat doit respecter les droits de l'homme « puisque c'est pour les faire respecter qu'il est né » (3). Et pour finir, citons cette phrase qui résume parfaitement la conception de M. de Lapradelle, et dont le droit des gens et les savants qui s'en occupent devraient toujours être pénétrés : Le droit des gens doit assurer « le développement des facultés qui sont les facultés caractéristiques de l'homme, de cette façon le droit peut servir au développement de la civilisation et il n'y a pas pour lui, semble-t-il, de principes qui soient plus sûrs ni, je le crois aussi, de tâche qui soit plus belle » (4).

Il est naturel, que dans une pareille conception il n'y ait pas de place pour la souveraineté absolue des Etats, « la notion de la souveraineté doit être ramenée dans ses effets de l'ordre externe à l'interne ». Elle « a sa place dans l'ordre interne mais non dans l'ordre international ...la souveraineté qui fait cesser l'anarchie à l'intérieur, la crée au contraire, à l'extérieur » (5).

Après avoir montré dans leurs lignes très générales les théories de MM. Le Fur et De Lapradelle, nous nous apercevons que l'Ecole de Vienne se rapproche beaucoup de ces deux doctrines. La pensée dominante dans la théorie de MM. Le Fur et De Lapradelle, c'est que l'idée du droit est unique. Il ne peut y avoir deux

(1) DE LAPRADELLE, *op. cit.*, p. 10.

(2) Id., *op. cit.*, p. 11.

(3) DE LAPRADELLE, *Cours* 1933-34, p. 20.

(4) DE LAPRADELLE, *Cours* 1934-35, p. 27.

(5) DE LAPRADELLE, *Cours* 1930-31, p. 63

droits. Seulement, en réalité, il y a d'une part le droit naturel et d'autre part le droit positif qui devrait être la réalisation du droit naturel. Cette idée nous la trouvons dans l'Ecole de Vienne : chez Kelsen la norme originaire pourrait être considérée comme une norme de droit naturel, et nous retenons l'affirmation de M. Trentin qui dit que la Grundnorm doit être conçue comme une norme de droit naturel car autrement le système de Kelsen ne pourrait tenir même au point de vue logique. Quant à la norme « *pacta sunt servanda* », nous avons vu qu'elle est une norme de droit naturel.

En ce qui concerne le droit naturel, nous citerons une phrase de Verdross, qui se trouve dans son livre le plus récent et qui donne la confirmation parfaite de ce que nous avons dit au sujet du droit naturel dans l'Ecole de Vienne : « Droit naturel, principes généraux du droit et droit positif sont simplement les moments différents du droit, se trouvent en rapport entre eux et seul leur ensemble forme l'ordre juridique ». Il continue plus loin : « Une théorie réaliste du droit des gens contenant tout le droit ne peut se baser que sur le droit naturel » (1).

Bien qu'aujourd'hui déjà la grande majorité des auteurs et même les positivistes soient d'accord pour dire qu'on ne peut négliger le droit naturel, il est tout de même réconfortant de voir des savants appartenant à une nation dont les tendances ne sont pas exactement pacifistes, défendre une thèse toute contraire aux conceptions impérialistes qui inspirent les chefs du peuple allemand. On répondra qu'en matière de droit il ne faut pas faire de politique. C'est très juste. Mais les savants de l'Ecole de Vienne sont arrivés à cette conception par des voies scientifiques, de telle sorte qu'ils peuvent justifier scientifiquement leur théorie. L'existence de la conscience juridique ne peut être niée. Peu de gens connaissent

(1) VERDROSS, *Völkerrecht*, 1937, p. 39.

les règles du droit international, mais tous se révoltent contre certains faits car ils ont l'intuition que la loi suprême a été violée.

Comment saurions-nous tout cela, si ce n'est en raison de ce sentiment de justice qui existe en nous tous ? L'idée de justice est exprimée aussi bien que possible — car jusqu'à aujourd'hui on n'a pas trouvé mieux — par la formule « *suum cuique...* ». Or, d'après cette formule, il est impossible d'attribuer tout à un seul Etat et rien aux autres, de tenir compte de la volonté d'un seul et y soumettre les autres. Pour être en accord avec l'idée de justice, il faut que tous les Etats soient égaux devant cette loi suprême qu'est le droit naturel, source du caractère obligatoire du droit des gens.

Prise dans son ensemble, la théorie de l'Ecole de Vienne, avec sa primauté du droit des gens en rejetant la souveraineté absolue de l'Etat, peut être considérée comme une doctrine qui aura largement contribué au développement du droit des gens dans le sens souhaité par tous, vers un droit de la paix.

CONCLUSIONS

Il est très difficile de trouver la mesure exacte, le juste milieu, pour que le droit naturel ne prenne pas une place trop grande dans la science du droit des gens et que d'autre part le droit positif ne la fixe pas uniquement à l'étude des textes sans tenir compte du droit naturel. Après la prédominance successive de l'élément naturel et de l'élément positif dans la science du droit des gens, aujourd'hui la tendance générale est de baser le droit international sur un double élément naturel et positif. L'Ecole de Vienne appartient à ce courant.

VU : *Le Président de thèse,*
A. DE LAPRADELLE.

VU : *Le Doyen,*
G. RIPERT.

VU et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

- ANZILOTTI. — *Cours de Droit International*, T. I. « Théorie générale », trad. G. Gidel. Paris, 1929.
- BARTHÉLEMY. — *Victoria* dans *Les Fondateurs du Droit International*. Paris, 1904.
- BASDEVANT. — *Grotius*, dans *Les Fondateurs du Droit International*, Paris, 1904.
- BAUMGARTEN. — *Die Wissenschaft von Recht und ihre Methode*, 2 vol. Tübingen, 1922.
- BERGBOHM. — *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892.
- BONNECASE. — *Introduction à l'étude du Droit*. Paris, 1926.
- BOUTROUX. — *La philosophie de Kant*. Paris, 1926.
- BREHIER. — *Histoire de la philosophie allemande*. Paris, 1933.
- BREHIER. — *Histoire de la philosophie*, 3 vol. Paris, 1932.
- BRUNSCHWIG. — *L'expérience et la causalité physique*. Paris, 1922.
- CAPITANT R. — *L'illicite*, T. I. *Impératif juridique*. Paris, 1925.
- CASSIRER. — *Kant*. Berlin, 1923.
- CASSIRER. — *Das Erkenntnisproblem in Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit*, 3 vol. Berlin, 1923.
- CATHREIN. — *Recht Naturrecht und positives Recht*. Freiburg, 1909.
- CHKLAVER. — *Le Droit International dans ses rapports avec la philosophie du droit*. Paris, 1929.
- CHARMONT. — *Renaissance du droit naturel*. Paris-Montpellier, 1910.
- CHAUVEAU. — *Le Droit des gens ou Droit International public*. Paris, 1891.
- COHEN H. — *Kants Begründung der Ethik nebst ihrer Anwendung auf Recht, Religion und Geschichte*. Berlin, 1910.
- CORBU. — *Essai sur la notion de règle de droit*. Paris, 1935.
- DJUVARA. — *Teoria generală a dreptului*, 3 vol. Bucuresti, 1930.
- DUGUIT. — *Traité de droit constitutionnel*, 1^{er} vol. Paris, 1927.
- DUGUIT. — *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*. Paris, 1901.
- DUGUIT. — *Droit constitutionnel et sociologie*. Paris, 1889.
- EMANUEL. — *L'idée du droit*. Paris, 1937.
- FAUCHILLE. — *Traité de Droit International public*. Paris, 1922.
- GENY. — *Science et technique du droit privé positif*, 1^{er} vol. Paris, 1914-24.
- GIDEL. — *Droits et devoirs des nations*. Recueil des cours de l'Académie de La Haye, 1925. T. 10, p. 537.
- GIDEL. — *Cours de droit constitutionnel professé à la Faculté de Droit de Paris*, 1935-36.
- GURVITCH. — *Les temps présents et l'idée du droit social*. Paris, 1929.
- GURVITCH. — *L'idée du droit social*. Paris, 1931.
- HAURIUO. — *Précis de droit constitutionnel*. Paris, 1929.
- JAEGER. — *Le problème de la souveraineté dans la doctrine de Kelsen*. Paris, 1932.

- KANT. — *Critique de la raison pure*.
 KANT. — *Critique de la raison pratique*.
 Kelsen. — *Allgemeine Staatslehre*. Berlin, 1925.
 Kelsen. — *Hauptprobleme der Staatslehre*. Tübingen, 1923.
 Kelsen. — *Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff*. Tübingen, 1922.
 Kelsen. — *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920.
 Kelsen. — *Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public*. Recueil des cours de l'Académie de La Haye. T. 14 (1926-IV) p. 231.
 Kelsen. — *Rechtswissenschaft und Recht*. Wien, 1922.
 Kelsen. — *Reine Rechtslehre*. Wien, 1934.
 Königsgarten. — *Das Problem des Völkerrechts*. Leipzig, 1925.
 Kunz. — *Völkerrechtswissenschaft und reine Rechtslehre*. Leipzig, 1923.
 Kunz. — *Die Anerkennung von Staaten und Regierungen im Völkerrecht*. Stuttgart, 1928.
 Kunz. — *Die Staatenverbindungen*. Stuttgart, 1929.
 Lachelier. — *Fondements de la métaphysique des moeurs*. Paris, 1904.
 Lange. — *L'histoire de l'Internationalisme*. Kristiania, 1919.
 Lapradelle (A. de). — *Cours de Droit International public*, 1928-29, professé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales et Centre Européen de la Dotation Carnégie.
 Lapradelle (A. de). — *Cours de Droit International public*, 1930-31, professé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales et Centre Européen de la Dotation Carnégie.
 Lapradelle (A. de). — *La justice internationale*. (Cours de doctorat 1932-33, professé à la Faculté de Droit de Paris).
 Lapradelle (A. de). — *Cours de Droit International public*, 1933-34, professé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales et Centre Européen de la Dotation Carnégie.
 Lapradelle (A. de). — *Cours de Droit International public*, 1934-35, professé à l'Institut des Hautes Etudes Internationales et Centre Européen de la Dotation Carnégie.
 Le Fur. — *Précis de Droit International public*. Paris, 1935.
 Le Fur. — *Les grands problèmes du droit*. Paris, 1937.
 Le Fur. — *La Théorie du Droit naturel depuis le XVIII^e siècle à la doctrine moderne*. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. T. 18 (1927), p. 235.
 Le Fur. — *Règles générales du droit de la paix*. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. T. 54 (1935-IV), p. 1.
 Le Fur. — *Le développement historique du Droit International*. Recueil des Cours de l'Académie de La Haye. T. 41 (1932-III), p. 503.
 Leseur. — *Introduction à un cours de Droit International public*. Paris, 1893.
 Merkl. — *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*. Wien, 1923.
 Morgenthau. — *De la réalité des normes*. Paris, 1934.
 Nèzard. — *Gentilis, dans Les Fondateurs du Droit International*. Paris, 1904.
 Nippold. — *Le développement historique du Droit International*. Recueil de l'Académie de La Haye. T. 2 (1924-I), p. 5.
 Nys. — *Les origines du Droit International*. Bruxelles-Paris, 1894.
 Piot. — *Droit naturel et réalisme*. Paris, 1930.

- POLITIS. — *Les nouvelles tendances du Droit International*, Paris.
- ROUSSEAU. — *Le contrat social*.
- RUYSSEN. — *Kant*. Paris, 1929.
- SANDER. — *Recht und Staat*. Wien, 1922.
- SANDER. — *Recht dogmatik oder Theorie der Rechterfahrung*. Wien, 1922.
- SCELLE. — *Précis du droit des gens*, 1^{er} vol. Paris, 1934.
- SCELLE. — *Règles générales du droit de la paix*. *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*. T. 46 (1933), p. 331.
- TRENTIN. — *La crise du droit et de l'Etat*. Paris-Bruxelles, 1935.
- VERDROSS. — *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*. Tübingen, 1933.
- VERDROSS. — *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*. Wien, 1926.
- VERDROSS. — *Le fondement du Droit International*. *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*. T. 16 (1927-I), p. 249.
- VERDROSS. — *Les principes généraux du droit comme source du droit des gens*. *Recueil... sur les sources du droit en l'honneur de Francis Geny*. T. 3. Paris, 1935.
- VERDROSS. — *Völkerrecht*. Berlin, 1937.
- WALDKIRCH. — *Das Völkerrecht*. Berlin, 1937.
- WALZ. — *Kritik der phänomenologischen reinen Rechtslehre*. Suttgart, 1928.

ARTICLES DE REVUES

- A : *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*.
- R : *Revue internationale de la théorie du droit*.
- R.C. : *Revue du droit international et de législation comparée*.
- Z : *Zeitschrift für öffentliches Recht*.
- R.I. : *Revue de Droit International*.

- AKZIN. — *L'école autrichienne et le fondement du droit des gens*. R.I., 1927, page 342.
- AUFRICHT. — *Die dialektische Methode und der Stufenbau der Rechtsordnung*. Z. T. XIII, p. 68.
- BARTHELEMY. — *Le problème de la souveraineté des Etats et la Coopération européenne*. R.I., 1930, p. 420.
- BONDY. — *Zum Problem der Rechtssatzformulierung*. Z. T. IX, p. 418.
- BONNARD. — *Droit naturel et droit positif*. R. T. III, p. 1.
- BONNARD. — *La Doctrine de Duguit sur le droit et l'Etat*. R., T. I, p. 18.
- BONNARD. — *Léon Duguit*. R., T. III, p. 57.
- CASSIO. — *La normativité d'après l'analyse de la conduite juridique*. R., 1937, page 187.
- HEYDTE. — *Der Verpflichtungsgrund des Völkerrechts*. Z., T. XI, p. 526.
- HEYDTE. — *Fransiscus de Vitoria und sein Völkerrecht*. Z., T. XIII, p. 239.
- KARADGE-ISKOW. — *La théorie du droit pur et la dogmatique juridique*. R., T. X, p. 178.
- KAUFMANN F. — *Juristischer und soziologischer Staatsbegriff*. *Gesellschaft, Staat, Recht*. *Festschrift Hans Kelsen*, p. 14.
- KAUFMANN. *Theorie der Rechterfahrung oder reine Rechtslehre*. Z., T. III, page 236.
- KELSEN. — *Das Verhältniss von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*. Z., T. II, p. 453.

- KELSEN. — *Die Idee des Naturrechts*. Z., T. VII, p. 221.
- KELSEN. — *Rechtswissenschaft als Norm oder Kulturwissenschaft*. Schmollers Jahrbuch, T. XL, p. 1181.
- KELSEN. — *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntnis-kritik*. Z., T. II, p. 453.
- KELSEN. — *Rechtswissenschaft und Recht*. Z., T. III, p. 103.
- KELSEN. — *Staat und Völkerrecht*. Z., T. IV, p. 207.
- KELSEN. — *Staatsform als Rechtsform*. Z., T. V, p. 73.
- KELSEN. — *Naturrecht und positives Recht*. R., T. II, p. 71.
- KELSEN. — *Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht*. Z., T. XII, p. 481.
- KELSEN. — *Technik des Völkerrechts und die Organisation des Friedens*. Z., T. XIV, p. 240.
- KELSEN. — *Das Wesen des Staates*. R., 1926-27, p. 5.
- KRAFT-FUCHS. — *Kelsens Staatslehre und die Sociologie des Staats*. Z., T. XI, p. 402.
- KUNZ. — *Die Rechts und Staatslehre Duguits*. R., T. I, p. 140 et 204.
- KUNZ. — *Die Rechts und Staatslehre Léon Duguits*. R., T. I, p. 140 et 204.
- KUNZ. — *La primauté du droit des gens*. R.C., 1925, p. 556.
- LEGAZ Y LACAMBRA. — *Die ontologischen Grundlagen der reinen Rechtslehre*. Z., T. XII, p. 641.
- LEGAZ Y LACAMBRA. — *Die Rechtsphilosophie des Franciscus Suarez*. Z., T. XIV, p. 273.
- LOBL. — *Zum Problem der reinen Rechtslehre*. Z., T. III, p. 402.
- MARTYNIK. — *Le problème de l'unité des fondements dans la théorie de Kelsen*. Archives de Philosophie du droit et de Sociologie juridique, 1937, T. I-II, p. 166.
- MAURY. — *Observations sur les idées du professeur Kelsen*. Revue critique de Législation et de Jurisprudence, T. XLIX, p. 537.
- MERKL. — *Das Problem der Rechtskontinuität und die Forderung des einheitlichen rechtlichen Weltbildes*. Z., T. V, p. 497.
- METALL. — *Die politische Befangenheit der reinen Rechtslehre*. R., T. X, p. 163.
- MOOR. — *Reine Rechtslehre*. Randbemerkungen zum neuesten Werke Kelsens, Z., T. XV, p. 330.
- NAWIASKY. — *Norm. Idee, soziale Tatsache im Recht*. Z. T. XIII p. 321, *Begriff des Rechtsverfahrens*. Z., T. I, p. 468.
- NAWIASKY. — *Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechtes*. Z., T. VI, p. 488.
- PITAMIC. — *Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre*. Z, T. II, p. 683.
- PITAMIC. — *Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts-Staats, und Gottesbegriff bei Kelsen*. Z., T. III, p. 531.
- ROFFENSTEIN. — *Kelsens Staatsbegriff und die Soziologie*. Z., T. IV, p. 539.
- ROHATYN. — *Reine Normtheorie des Rechts*. R., T. VII, p. 171.
- SANDER. — *Die transzendente Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtsverfahrens*. Z. T. I, p. 468.
- SANDER. — *Staat und Recht als Problem der Phänomenologie und Ontologie*. Z., T. XII, p. 1.
- SANDER. — *Das Rechtserlebnis*. R., T. I, p. 100.
- SCHAFER. — *Reine Rechtslehre und reine Wirtschaftstheorie*. R., T. XI, p. 203.
- SCHUSTER. — *Was versteht Franz Suarez unter jus gentium ?* Z. T. XVI, p. 487.
- SEGALL. — *Les fondements du droit dans la doctrine de M. George Scelle*. R., T. IX, p. 186.

- SPANN. — *Bemerkungen über das Verhältnis von Sein und Sollen*. Z., T. III, page 555.
- SPIROPOULOS. — *Les fondements du Droit International*. R., 1929, T. III, p. 97.
- STOCKHAMMER. — *Zur Souveränitätstheorie*. R., T. IV, p. 228.
- SVOBODA. — *Völkerrecht bricht Landesrecht*. Z., T. XIV, p. 487.
- TASIC. — *Le réalisme et le normativisme dans la science juridique*. R., T. I, page 165.
- TASSITCH. — *Le principe de l'égalité dans les doctrines de Duguit et Kelsen*, T., T. IV, p. 55.
- VOEGELIN. — *Die Souveränitätstheorie Dickinsons und die reine Rechtslehre*. Z., T. 8, p. 413.
- VERDROSS. — *Zur Konstruktion des Völkerrechts*, Zeitschrift für Völkerrecht. T. VIII, p. 329, 1914.
- VERDROSS. — *Der Grundsatz « pacta sunt servanda », und die Grenze der guten Sitten im Völkerrecht*. Z., T. XVI, p. 79.
- VOEGELIN. — *Reine Rechtslehre und Staatslehre*. Z., T. VI, p. 80.
- VOEGELIN. — *Die Einheit des Rechtes und das soziale Sinngebilde Staat*. R., T. V, p. 58.
- WALTER. — *Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft*. Z., T. II, p. 131.
- WALZ. — *Zum Problem der « Monistischen » oder « dualistischen » Konstruktion des Völkerrechts*. Z., T. X, p. 538.
- WEYR. — *Natur und Norm*. R., T. VI, p. 12.
- WINTER. — *Der wahre Staat in der Soziologie des Rechtes*. Z. T. XI, p. 161.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
TITRE I. — Historique	5
Considérations générales sur le développement du droit des gens	5
CHAPITRE I. — But et limites de la partie historique	5
CHAPITRE III. — L'antiquité	8
CHAPITRE III. — Le Moyen-Age	10
Section I. — Première période : le Moyen-Age proprement dit	10
Section II. — Deuxième période : la période de transition du Moyen-Age à l'ère moderne. Les précurseurs de Grotius : Vitoria, Suarez et Gentilis	12
CHAPITRE IV. — L'époque moderne	17
Section I. — Grotius	17
Section II. — La théorie du droit naturel	19
Section III. — La théorie du droit positif. L'Ecole de Vienne	22
TITRE II. — La base philosophique de l'Ecole de Vienne	29
TITRE III. — Kelsen	39
CHAPITRE I. — L'exposé général de la théorie pure du droit	39
Section I. — La Méthode de Kelsen	39
Section II. — La science juridique comme science normative	40
Section III. — Les normes	44
Section IV. — Le caractère unitaire de l'ordre juridique. La norme originale	49
Section V. — La construction graduelle de l'ordre juridique	51
CHAPITRE II. — L'Etat chez Kelsen. Son caractère normatif et son identité avec le droit	53
CHAPITRE III. — Le droit des gens dans la conception de Kelsen	65
Section I. — Le monisme de Kelsen	65
§ 1. Son monisme en général	65
§ 2. Les rapports entre le droit des gens et le droit étatique	69
§ 3. La solution des contradictions entre le droit étatique et le droit des gens	70
Section II. — La primauté du droit étatique	71
Section III. — La primauté du droit des gens	73
CHAPITRE IV. — La souveraineté chez Kelsen	78
Section I. — Ce que Kelsen entend par la souveraineté	78
Section II. — La souveraineté de l'Etat	81
Section III. — La souveraineté du droit des gens	83

	Pages
TITRE IV. — Les élèves de Kelsen	85
CHAPITRE I. — Verdross	85
<i>Section I.</i> — La norme originaire « pacta sunt servanda »	86
<i>Section II.</i> — La construction moniste du système juridique universel et la primauté du droit des gens	93
<i>Section III.</i> — L'Etat et sa souveraineté	100
CHAPITRE II. — Kunz	106
<i>Section I.</i> — La norme fondamentale chez Kunz	106
<i>Section II.</i> — L'Etat	108
<i>Section III.</i> — La primauté du droit des gens	110
<i>Section IV.</i> — La souveraineté	114
TITRE V. — Observations critiques	119
CONCLUSION	137
BIBLIOGRAPHIE	138
TABLE DES MATIÈRES	144

